

اشتريتها بثمن قدرها جزء مشترك بين النسخة والدرهم
وبدلا لبينة قدرها جزء مشترك بينها وبين الكل



قوله وليس له اي يعني الآن يرضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد او كيلي او موزون فاما اذا كان مما لا ينقسم الا بالقيمة كثوبين وعبدين لا يجوز وان قبل الآخر ولنتكلم على عبارة الكتاب هنا فانها مما وقع فيها تجاذب فنقول الظاهر من نظم الكلام ان ضمير له في قوله وليس له راجع الى احد العاقدين في قوله واذا اوجب احد المتعاقدين البيع وح يكون اعم من البائع والمشتري فمعناه اذا اوجب المشتري البيع بان قال اشتريت هذه الاثواب او هذا الثوب بعشرة فليس للبائع ان يقبل في بعض المبيع من الاثواب او الثوب لعدم رضى الآخر بتفريق الصفقة لانه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته الى الكل ويعسر عليه تحصيل باقي الاثواب لغرضها وبعضها لا يقوم بحاجته فلو الزمنا البيع في البعض انصرف حاله ولم يندفع حاجته وغير ذلك من الامور واما في المشتري فمعناه اذا اوجب البائع البيع فليس للمشتري ان يقبل في بعضه اذ يتضرر بتفريق الصفقة لان العادة ان يضم البايعون الجيد الى الردي ليروجونه فلو الزمناه البيع بقي الردي وذهب ما به روجه فيتضرر بذلك ومعلوم ان القبول في بعض المبيع يكون ببعض الثمن فحذفه المص للعلم به لكن على هذا لا حاجة لقوله ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لان ذلك يستفاد من العبارة الاولى بطريق الدلالة فلزم كون الضمير للبائع ولفظ المشتري للبناء للفاعل لتصحيح كلامه اي وليس للبائع ان يقبل في بعض المبيع اذا اوجب فيه المشتري البيع ولا ان يقبل المشتري في بعض المبيع فيما اذا كان الموجب هو البائع والحاصل ان عدم صحة القبول في البعض للزوم تفريق الصفقة

ابن الهمام

البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة

قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبر ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة قال وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضاء الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى قال وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق تفرق الاقوال قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلم في بعيدها قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف به وفيه التحري للجواز فيصرف اليه وان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت

مختلفة في المالية فإن كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف
بين العدالي بفرغانة جاز البيع إذا أطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف إلى ما قدر به من أي
نوع كان لأنه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة
وهذا إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما
إذا باعه من جنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولأن الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة
القيمة قال ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لأن
الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لأن التسليم فيه
متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في البيع أيضا
والأول أصح وأظهر قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند
أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين له أنه تعذر الصرف إلى الكل
لجهالة المبيع والثمن فيصرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان
أو بالكيل في المجلس ولهما أن الجهالة بيدهما إزالتها ومثلها غير مانع كما إذا باع عبدا من عبدين
على أن المشتري بالخيار ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله للمشتري الخيار لتفرق الصفقة
عليه وكذا إذا كيل في المجلس أو سمى جملة قفزانها لأنه علم ذلك الآن فله الخيار كما إذا رآه ولم
يكن رآه وقت البيع ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة رحمه الله
وكذا من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت
وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا غير أن بيع شاة من قطيع
وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة
إلى المنازعة وتفضي إليها في الأول فوضح الفرق بينهما ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة
قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته وإن شاء
فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع
لأن البيع وقع على مقدار معلوم معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة
أذرع بعشرة أو أرضا على أنها مائة ذراع بمائة فوجدها أقل فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها
بجملة الثمن وإن شاء ترك لأن الذرع وصف في الثوب ألا يرى أنه عبارة عن الطول
والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كأطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف
الفصل الأول لأن المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته إلا أنه يتخير لفوات الوصف المذكور
لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وإن وجدها أكثر من الذرع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار

للبائع لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة
ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها
بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراد ذكر الثمن
فنزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن اخذا كل ذراع بدرهم وان
وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه ان حصل له
الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير فانما يلزمه الزيادة لما
بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن اخذا بالمشروط ومن اشترى عشرة اذرع من
مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم
من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم
وله ان الذراع اسم لما يذرع به فاستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير
معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رحمه الله بينما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم وهو الصحيح
خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة
او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان
بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز
في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما
مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي
وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة
اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة في الوجه الاول
ياخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رحمه الله
في الوجه الاول ياخذه باحد عشر ان شاء وفي الوجه الثاني ياخذه بعشرة ان شاء وقال محمد
في الاول ياخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة
مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه ولابي يوسف انه لما افرد كل ذراع
ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة رحمه الله ان الذراع وصف
في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل
في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث
لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه والله اعلم **فصل** ومن باع دارا دخل بناؤها
في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار

فيكون تبعا له ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر في البيع وان لم يسمه لانه متصل بها للقرار
فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي
فيه ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من
اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان
خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا
كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان
فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم
المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض
زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق
بينهما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في
اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها
صاحبها ولم ينبت لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل
فيه وقيل يدخل وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل
ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له
فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من
مرافقها دخلا فيه واما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فلا يدخل الا بالتصريح لانه بمنزلة المتاع
قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به
في الحال او في المآل وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها
في الحال تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على
النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة
وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لما قلنا واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما لم
عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى من الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا و
تركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة
لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استاجر النخيل الى وقت الادراك
طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا
اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة

فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض
فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط
والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان
يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا
معلومة خلافا لمالك رحمه الله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا
لان الباقي معلوم بالمشاهدة قالوا هذه رواية الحسن وهو رواية الطحاوي رحمهما الله واما على
ظاهر الرواية فينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه
من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز وكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان
لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره وكذا
الارز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق
في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه
مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عم
انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز
بيعه في سنبله كالشعير والجامع بينهما كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما
لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه
لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدري قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح
اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق
من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه قال واجرة الكيال وناقد الثمن
على البائع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة
الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله لان النقد يكون بعد
التسليم الا يرى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف
المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة
تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه
هو المحتاج الى التسليم وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع
الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه
لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما
سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع والله تعالى اعلم

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلثة
ايام لما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري كان يغبن في البياعات فقال عليه السلام
اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام ولا يجوز اكثر من ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وهو
قول زفر والشافعي رحمهما الله وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنه انه اجاز
الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر
فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما
جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة
الا انه اذا اجاز في الثلث جاز عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لزفر وهو يقول انه انعقد فاسدا فلا
ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس
ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل
ان البيع يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط
وهذا على الوجه الاول ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى
اربعة ايام لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد
في الثلث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار فالحاجة مست الى
الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة رحمه الله
على اصله في الملحق به ونفى الزيادة على الثلث وكذا محمد رحمه الله في تجويز الزيادة وابو يوسف
اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر وهو انه
بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد فاشتراط الفاسد
فيه اولى ووجه الاستحسان ما بينا قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان
تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه
وان قبضه باذن البائع فلو قبضه المشتري وهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ
بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة
ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق قال وخيار المشتري
لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج
البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك
ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة رحمه الله انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع

في ملكه لاجتماع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة
تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك
ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا
اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد
والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم
لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف ومن اشترى امرأته
على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار وان وطئها له ان يردها
لان الوطي بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطي ينقصها وهذا عند ابي حنيفة وقالا يفسد النكاح
لانه ملكها وان وطئها لم يردها لان وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة
اخوات كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري
اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف
ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة
في المدة لا يجتزأ به من الاستبراء عنده خلافا لهما ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه
الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح
لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند
البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع عنده لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك
وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا
ماذونا له فابرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والمأذون
له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها
اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها
وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم ومن شرط له الخيار فله ان
يفسخ في المدة وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الاخر حاضرا عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز وهو قول الشافعي والشرط هو العلم
وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا
لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى
عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك
فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهو نوع ضرر

فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول بانه مسلط
وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ
في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد
بمضي المدة قبل الفسخ واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي
يورث عنه لانه حق لازم ثابت في المبيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار
ليس الا مشيئة وارادة فلا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان
المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فاما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت
للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار ومن اشترى شيئا وشرط الخيار
لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا
وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه
لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة
عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون
لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الاخر
يعتبر السابق لوجوده في زمان لا مزاحم فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد
في رواية وتصرف الفسخ في اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اولى لان النائب يستفيد الولاية
منه ووجه الثاني ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا يلحقه الاجازة ولما ملك
كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف
واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر تصرف الموكل وابو يوسف
يعتبرهما ومن باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد
فان باع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على اربعة
اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده
لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج من العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد
في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني ان يفصل الثمن ويعين
الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم
وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الاخر ولكن هذا غير مفسد
للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين والرابع
ان يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن

ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة أيام فهو جائز وكذلك
الثلثة وإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد والقياس أن يفسد في الكل في البيع لجهالة
المبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع
الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج
إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لأجله ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع فكان
في معنى ما ورد به الشرع غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردي
فيها والجهالة لا تفضي إلى المنازعة في الثلاث لتعين من له الخيار وكذا في الأربع إلا أن
الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة
فلا تثبت بأحدهما ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين
وهو المذكور في الجامع الصغير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا وإنما لم يذكر خيار
الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عند أبي حنيفة وبمدة معلومة أيتهما كانت
عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لأن
المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة والأول تجوز واستعارة ولو هلك أحدهما أو تعيب
لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا
يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له أن
يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط
ولهذا لا يتوقت في حق الوارث فأما خيار الشرط لا يورث وقد مر ومن اشترى دارا على أنه
بالخيار فبيعت دار إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا لأن طلب الشفعة يدل على اختياره
الملك فيها لأنه ما ثبت إلا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار
سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج إليه
لمذهب أبي حنيفة رحمه الله خاصة وإذا اشترى الرجلان عبدا على أنهما بالخيار فرضي أحدهما
فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما
أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال
حقه وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه إلزام
ضرر زائد وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد
ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن
وإن شاء ترك لأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لأنه

ما رضي به دونه وهذا يرجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأعراض فلا يفسد العقد
بعدمه بمنزلة الذكورة والأنوثة في الحيوانات فصار كفوات وصف السلامة وإذا أخذه
أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية

ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار إذا رآه إن
شاء أخذه وإن شاء رده وقال الشافعي رحمه الله لا يصح العقد أصلا لأن المبيع مجهول ولنا
قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه ولأن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي
إلى المنازعة لأنه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار وكذا إذا قال
رضيت ثم رآه له أن يرده لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم أنه
عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولأن الرضى بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله
رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان أبو حنيفة رحمه الله
يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالا
وثبوتا ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال
ووجه المرجوع إليه أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي أن عثمان بن عفان رضي الله عنه
باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة إنك قد غبنت فقال لي الخيار لأني اشتريت
ما لم أره وقيل لعثمان رضي الله عنه إنك قد غبنت فقال لي الخيار لأني بعت ما لم أره فحكما بينهما
جبير بن مطعم رضي الله عنه فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيار الرؤية غير
موقت بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية
ثم إن كان تصرفا لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن
والإجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لأنه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وإن كان تصرفا لا يوجب
حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لأنه لا يربو
على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب
مطويا أو إلى وجه الجارية أو إلى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والأصل في هذا أن رؤية جميع
المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع أشياء فإن
كان لا يتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها
إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وإن كان يتفاوت آحاده كالثياب والدواب
لا بد من رؤية كل واحد والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخي وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة
والشعير لكونها متقاربة إذا ثبت هذا فنقول النظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف وصف البقية

لانه يكتفى بعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج وعند زفر رحمه الله لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هما سواء وله ان يرده قال معناه الوكيل بالقبض اما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لانه الاختبار وهو المقصود بالخيار يكون بعد القبض فكذا لا يملكه وكيله بخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع والشراء وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره وقد ذكرناه ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن رحمه الله يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رحمه الله لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفا ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله ان يردهما لان رؤية احدهما لا يكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان

الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضاء به وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول له ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد منها شيئا الا من عيب وكذا خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ من كل وجه فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد به عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضاء به قال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غير ذلك وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف في المثانة وبعد الكبر لداء في البطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا قال والجنون في الصغير عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري

في الصغر أو في الكبر يرده لأنه عين الأول إذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن
وليس معناه أنه لا تشترط المعاودة في يد المشتري لأن الله تعالى قادر على إزالته وإن كان
قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد والبخر والدفر عيب في الجارية لأن المقصود قد يكون
الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لأن المقصود الاستخدام ولا يخلان به إلا أن
يكون من داء لأن الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لأنه يخل بالمقصود
في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام إلا أن
يكون الزنا عادة له على ما قالوا لأن اتباعهن يخل بالخدمة والكفر عيب فيهما لأن طبع المسلم
ينفر عن صحبته ولأنه يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على أنه كافر
فوجده مسلما لا يرده لأنه زوال العيب فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو
عيب لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ
وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الأمة فترد إذا انضم إليه نكول
البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح وإذا حدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند
البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لأن في الرد إضرارا بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالما
ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى
البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضي بالضرر ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع
بالعيب لأنه امتنع الرد بالقطع فإنه عيب حادث فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له
ذلك لأن الامتناع لحقه وقد رضي به فإن باعه المشتري لم يرجع بشيء لأن الرد غير ممتنع برضا
البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه
أحمر أو لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة
لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل بدونها لأنها لا تنفك عنه ولا وجه إليه معها لأن الزيادة
ليست بمبيعة فامتنع أصلا وليس للبائع أن يأخذه لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه فإن
باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد ممتنع أصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا
للمبيع وعن هذا قلنا إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب
لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لأن التمليك حصل في الأول قبل الخياطة وفي الثاني
بعدها بالتسليم إليه ومن اشترى عبدا فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه
أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله وأما الإعتاق فالقياس فيه أن
لا يرجع لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لأن العتق إنهاء للملك لأن

الآدمي ما خلق في الأصل محلا للملك وإنما يثبت الملك فيه موقتا إلى الإعتاق فكان إنهاء فصار
كالموت وهذا لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد
بمنزلته لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمي وإن أعتقه على مال لم يرجع بشيء لأنه حبس بدله وحبس
البدل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة أنه يرجع لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض فإن قتل المشتري العبد أو كان
طعاما فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة رحمه الله أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله
أنه يرجع لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فصار كالموت حتف أنفه فيكون إنهاء ووجه
الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضمونا وإنما يسقط الضمان هنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به
عوضا بخلاف الإعتاق لأنه لا يوجب الضمان لا محالة كإعتاق المعسر عبدا مشتركا وأما الأكل فعلى
الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه
صنع في المبيع فأشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا ألا يرى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم
هو يمنع الرجوع وإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب وكذا الجواب عند أبي حنيفة لأن الطعام كشيء واحد
فصار كبيع البعض وعندهما يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض
ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا فكسره فوجده فاسدا فإن لم ينتفع به رجع
بالثمن كله لأنه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لأن ماليته باعتبار
اللب وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده لأن الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب
دفعا للضرر بقدر الإمكان وقال الشافعي رحمه الله يرده لأن الكسر بتسليطه قلنا إن التسليط على الكسر في
ملك المشتري لا في ملكه فصار كما إذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا
لأنه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وإن كان
الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد ومن باع
عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فإن قبل بقضاء القاضي بإقرار أو بينة أو بإباء يمين له أن
يرده على بائعه لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا
شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع
إذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لأن البيع هناك واحد والموجود هنا بيعان
فيفسخ الثاني لا ينفسخ الأول وإن قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن يرده لأنه بيع جديد في حق الثالث
وإن كان فسخا في حقهما والأول ثالثهما وفي الجامع الصغير وإن رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث
مثله لم يكن له أن يخاصم الذي باعه وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي
بعض روايات البيوع أن فيما يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول ومن

اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بينة لانه
انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين
حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينقض القضاء فلا يقضي به صونا
لقضائه عن النقض فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف
لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل لزمه العيب لانه
حجة فيه ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده
والمراد التحليف على انه لم يابق عند البائع لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر
بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه
اليه وما ابق عنده قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلف بالله ما له حق الرد عليك من الوجه
الذي يدعي به او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله
لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع
قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في
اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم تجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد
تحليف البائع ما يعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله
لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض
ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا
نكل عن اليمين يحلف للرد على الوجه الذي قدمناه قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق
الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ ومن
اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال
المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون
القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في مقدار المقبوض
لما بينا ومن اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض احدهما ووجد بالاخر عيبا فانه ياخذهما
او يدعهما لان الصفقة انما تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان
القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا
اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف انه يرده خاصة والاصح انه ياخذهما او يردهما لان تمام
الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن
لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر رحمه

هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الردي الى الجيد فاشبه
ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم
الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق احدهما
ليس له ان يرد الاخر ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه
كله ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد الا يرى انه يسمى باسم
واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد فان كان في وعائين فهو بمنزلة
عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الاخر ولو استحق بعضه فلا خيار له
في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا
العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما لو كان ذلك قبل القبض له ان يرد
الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان
وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ومن اشترى جارية فوجد بها
قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء
بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا وان
ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب
والجواب في السقي وشرى العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون
العلف في عدل واحد اما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا ومن اشترى عبدا
فقد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري فله ان يرده ويأخذ الثمن عند ابي حنيفة وقالا يرجع بما بين قيمته
سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة
الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود سبب القطع والقتل وانه لا ينافي
المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى
جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب
الوجوب حصل في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق
وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة
ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا
وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البائع فبثلاثة
الارباع لان اليد من الادمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احدهما الرجوع فيتنصف
ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق

وعندهما يرجع الآخر على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب
ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم
بالاستحقاق لا يمنع الرجوع ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب
وان لم يسم العيوب بعددها وقال الشافعي رحمه الله لا تصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن
الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح
ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم
فلا تكون مفسدة ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف
وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رحمه الله
ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة
والدم والخمر والخنزير وكذا اذا كان غير مملوك كالحر قال رضي الله عنه هذه فصول جمعها وفيها تفصيل
نبينه ان شاء الله فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لعدم ركن البيع وهو مبادلة
المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة
البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك
المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك
وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول
قول ابي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله والفاسد
يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
وسنبينه بعد هذا وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع
الخمر والخنزير ان كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد
حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند
اهل الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا
اعزاز له وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب
في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري
الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب
لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب
لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل

لانه استحق العتق وقد ثبت لام الولد بقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في
حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في
حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان
والاظهر الجواز والمراد من المدبر المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي وقد ذكرناه
في العتاق وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا عليه قيمتهما
وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر و
ام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه
فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة
وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما
ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما
يثبت حكم الدخول فيما ضم اليه كذا هذا ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولا في
حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها
ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك
ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ ولو ارسله من يده فهو غير مقدور التسليم ولا بيع
الحمل ولا النتاج لنهي النبي عليه السلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا ولا بيع اللبن في
الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره
ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوانات ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف
القوائم لانها تزيد من الاعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع
التنازع في موضع القطع وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن
في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه
وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع او لم يذكراه لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف
ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا
ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف
ما اذا باع النوى في التمر او البزر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع لان في
وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجود وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة
مرة لانه مجهول ولان فيه غررا وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لان
النبي عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها

بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين
على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة اوسق لان
النبي عليه السلام نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق
قلنا العرية العطية لغة وتأويله ان يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذود وهو بيع مجازا
لانه لم يملكه فيكون برا مبتدا ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهذه بيوع كانت
في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساومان فاذا لمسها المشتري او نبذها
اليه البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني المنابذة
والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر
ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان ياخذ ايهما شاء جاز البيع
استحسانا وقد ذكرناه بفروعه ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلاء اما البيع فلانه
ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك
عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا
اولى ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي
لانه منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز
بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا قبل الخروج حتى لو باع كوارة
فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه من الهوام وعند ابي يوسف يجوز اذا ظهر منه القز تبعا له وعند محمد يجوز كيف ما كان لكونه
منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف
مع ابي حنيفة كما في دوده والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم
ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده
لان المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه
اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده
وكان اشهد عند العقد لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع ولو كان لم يشهد
يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لانه آبق
في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد
لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يتم العقد اذا لم يفسخ
لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع

وهكذا روي عن محمد رحمه الله ولا بيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي يجوز بيعه لانه مشروب طاهر
ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية
بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا
على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل القوة التي هي ضده
وهو الحي ولا حيوة في اللبن ولا بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع
به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع
في الماء القليل افسده عند ابي يوسف وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته
ولابي يوسف رحمه الله ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع
تغايرها ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها لان الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون
شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال النبي عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما
يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن ولا بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ
لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة
ولا باس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة
ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله
لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد
وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا
او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن
احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات
ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله
قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل
والمسألة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول
فوجه الفرق بين المسألتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما اما المسيل فمجهول لانه
لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احديهما
بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح
فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى
الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور فيتعلق بعين
تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع

كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح
لمحمد رحمه الله وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى
ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف
كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان
للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون
الاصل كالخل والدبس جنسان والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما ومن
اشترى جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة لا يجوز
البيع الثاني وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع و
سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها
لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت ابلغي
زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله عليه السلام ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل
في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف
ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى
معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى
لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها من البائع فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو
فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا
فيه او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري
الى غيرها ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد
وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني
يقتضيه ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا
وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول
قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا في الثمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن
فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة
وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان
الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز
ولابي حنيفة ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر حكمي فلا يمتنع بسبب
الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا يخللها وان كان خنزيرا يسيبه ومن باع عبدا على ان

يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط
وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط
الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد
المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد
عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد
ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده هو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة
لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول هذه الشروط
لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي
ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رحمه الله وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع
العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه
فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة وقالا
يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف
بوجه آخر ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن
من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان
العيب واذا تلف بوجه آخر لم يتحقق الملائمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملائمة
فيرجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع
شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية فالبيع
فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عليه السلام نهى عن
بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع وان كان
لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي عليه السلام عن صفقتين في صفقة ومن باع عينا
على ان لا يسلمه الى رأس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا
وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع
والاصل فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه
بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب
فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل
بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة

والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل بالاستثناء لكن يبطل الاستثناء لان هذه العقود
لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا
والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجرى فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى
خدمتها لان الميراث لا يجرى فيها ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء
فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة
في صفقة على ما مر ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد قال رضه
ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب
وللتعامل جوزنا الاستصناع والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود
اذا لم يعرف المتعاقدان ذلك فالبيع فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع
لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل الى فطر اليهود
بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة فيه ولا يجوز البيع الى قدوم
الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتأخر ولو كفل الى
هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة
لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين
بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن
فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان
هذا تأجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل
العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل
ان يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر لا يجوز لانه
وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد
للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه
بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد
وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا
لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة
بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى لكل واحد منهما
ثمنا جاز في العبد والشاة وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد
بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة وقال زفر فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة

والمكاتب وام الولد كالمدبر لان الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل
ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح
بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين ان الحر
لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع
في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة اما البيع في هؤلاء
موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب
برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء
كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا
بيعا بحصته ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فصل في احكامه

واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك
المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك
ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بينهما ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع
بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده
ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا
لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع
وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع
بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبح فيشترط
اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان
الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط
ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد
استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم
ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط
ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال
فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات
القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان
المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى ولكل واحد من المتعاقدين فسخه دفعا للفساد وهذا قبل

القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب
العقد لقوته واذا كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد
الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط فان باعه المشتري نفذ البيع لانه ملكه فيملك
التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع
وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله
ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري
في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط
من الشفيع ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز
وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة
وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان
الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة
لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا
وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به
كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يتقدم عليه في حياته
فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها
تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها
لما بينا ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رحمه الله رواه
يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع
حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء
فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع
فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل
بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظ الرواية عن ابي حنيفة وقد نص محمد
على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته
على الاختلاف ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح
ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح
والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلا يتمكن الخبث

فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك فعند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث
انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة
تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها وكذلك اذا ادعى على آخر مالا
فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث
لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا
يعمل فيما لا يتعين

فصل فيما يكره

قال ونهى رسول الله عليه السلام عن النجش وهو ان يزيد في الثمن
ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال عليه السلام لا تناجشوا قال وعن السوم على سوم غيره قال
عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا
وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فاذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد
ولا باس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر
باهل البلد فان كان لا يضر فلا باس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور
والضرر وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلدة
في قحط وعوز وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك
فلا باس به لانعدام الضرر والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب
السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة قال وكل ذلك يكره لما ذكرنا
ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة قال ولا
باس ببيع من يزيد وتفسيره ما بينا وقد صح ان النبي عليه السلام باع قدحا وحلسا ببيع من
يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم
من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة
وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة ووهب النبي عليه السلام لعلي رضي الله عنه غلامين
اخوين صغيرين ثم قال له ما فعلت بالغلامين فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى
اردد اردد ولان الصغير يستانس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما
قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول
بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان
حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في
ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لغيره لا باس ببيع واحد منهما ولو كان

التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه
دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به فان فرق بينهما كره له ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف
انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر
بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما
الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه
ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح ان النبي عليه السلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا اختين

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عليه السلام من اقال
نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما
فان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق
المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وعند ابي يوسف هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فتبطل وعند محمد رحمه الله
هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فتبطل لمحمد ان اللفظ للفسخ والرفع
ومنه يقال اقلني عثرتي فتوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا ترى
انه بيع في حق ثالث ولابي يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع
ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب ويثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ولابي حنيفة
ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية
ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين
البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك
لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا فنقول اذا شرط الاكثر فالاقالة
على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة
لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق
الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث في المبيع
عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما
في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد جعله بيعا ممكن
فاذا زاد كان قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف لانه هو الاصل عنده
وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل
وانما يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما قلنا

ولو قال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا وعندهما
بيع لما قلنا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع
عن الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة رحمه
الله ومحمد رحمهما الله وكذا على قول ابي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان
البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع
صحتها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت
الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل
بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا

باب المرابحة والتولية

المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد
الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة
الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي
ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على
الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي عليه السلام لما اراد الهجرة ابتاع
ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي عليه السلام ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال عليه السلام
اما بغير ثمن فلا ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه
ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح
درهم او بشيء من المكيل الموصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده
لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال ويجوز ان يضيف
الى رأس المال اجرة القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق
هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل
وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف
باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم
بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجرة التعليم
لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار
عند ابي حنيفة رحمه الله ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها
من الثمن وقال ابو يوسف رحمه الله يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما
والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير لفواته ولابي يوسف

ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول وبعتك مرابحة على الثمن
الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية قدر
الخيانة من راس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة انه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه
يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فيتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح
فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه
جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط
بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه ومن اشترى ثوبا
فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن
لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اذا اشترى
بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو
اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة
على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة
عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتاكد به بعدما
كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم
تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة وصار كما اذا اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح
خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكد حصل بغيره قال واذا اشترى العبد الماذون له في التجارة ثوبا
بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان
المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم
المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه
للمولى في الفصل الثاني قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة و
باعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا
عند عدم الربح خلافا لزفر مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود
والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع
الثاني عدما في حق نصف الربح قال ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة
ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت
قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسألة فيما اذا لم ينقصها
الوطي وعن ابي يوسف في الفصل الاول انه لا يبيعه من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي

فاما اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي واخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا
بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها
الثمن وقد حبسها ومن اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو
تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين والمعنى ما بيناه قال ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة
فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا ترى
انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع
احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت
يخير كما في العيب وان استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن قال فان
كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن
الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا وعن ابي يوسف انه يرد القيمة ويسترد
كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسنبينه من بعد
ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد
ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان
الثمن حال قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة
الثمن فان اعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر
فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد فصار كتاخير القبول الى اخر المجلس وبعد الافتراق
قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم
قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية **فصل** ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى
يقبضه لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك
ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث
واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان
الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي غرر انفساخ العقد والحديث معلول به
عملا بدلائل الجواز والاجارة وقيل على هذا الخلاف قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة
فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد
الكيل والوزن لان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع
المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز
عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان

للمشتري الثاني

الزيادة له إذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وإن كان
بحضرة المشتري لأنه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري
لأن الكيل من باب التسليم لأن به يصير المبيع معلوما ولا تسليم إلا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة
المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فإنه اعتبر صاعين والصحيح أنه يكتفى به لأن المبيع صار
معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم
إن شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما روي عنهما لأنه ليس بمال الربوا
وكالموزون فيما روي عن أبي حنيفة لأنه لا يحل له الزيادة على المشروط قال والتصرف في الثمن
قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها
بالتعيين بخلاف المبيع قال ويجوز للبائع أن يزيد في المبيع ويجوز للمشتري أن يزيد البائع في
الثمن ويجوز أن يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان بأصل
العقد وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة
لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لأنه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد وكذلك الحط
لأن كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار برا مبتدأ ولنا أنهما بالحط والزيادة
يغيران العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه خاسرا أو رابحا أو عدلا ولهما
ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير وصار كما إذا أسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد
ثم إذا صح يلتحق بأصل العقد لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لأنه تبديل لأصله
لا تغيير لوصفه فلا يلتحق وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق
في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى
يأخذ بما بقي في الحط وإنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من إبطال
حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق
على حال يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما
يقابله فيلتحق بأصل العقد استنادا قال ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما صار مؤجلا
لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيرا على من عليه ألا ترى أنه يملك إبراءه مطلقا فكذا موقتا ولو
أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وإن كانت متقاربة
كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال وكل دين حال إذا أجله صاحبه
صار مؤجلا لما ذكرنا إلا القرض فإن تأجيله لا يصح لأنه إعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ
الإعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء

لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة إذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير
بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف
درهم فلانا إلى سنة حيث يلزم الورثة أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة
الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي

باب الربوا

الربوا في كل مكيل أو موزون
بيع بجنسه فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس
وهو أشمل والأصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد
والفضل ربوا وعد الأشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على
هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الأول بيع التمر ومعنى الثاني
بيعوا التمر والحكم معلول بإجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي رحمه الله الطعم
في المطعومات والثمنية في الأثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والأصل هو الحرمة
عنده لأنه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة
في النكاح فيعلل بعلة مناسبة لإظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الإنسان به والثمنية لبقاء الأموال
التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط
ولنا أنه أوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع إذ هو ينبئ عن التقابل
وذلك بالتماثل أو صيانة لأموال الناس عن التوى أو تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند
فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية
تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لأن الربوا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين
في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتا عرفا أو لأن
في اعتباره سد باب البياعات أو لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من
أعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الإطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون
التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره إذا ثبت هذا فنقول إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع
لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار ألا ترى إلى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل
وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وإن تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي
مما فيه الربوا إلا مثلا بمثل لإهدار التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة
بالتفاحتين لأن المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة
عند الإتلاف وعند الشافعي العلة هو الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف صاع
فهو في حكم الحفنة لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا

كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال واذا عدم
الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنسا لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة
واذا وجدا حرم التفاضل والنسا لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النسا
مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النسا باحدهما
وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النسا لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة
الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا من وجه
نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة
الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة
الوزن فان الزعفران يوزن بالامنا وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات
وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن
وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل
وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قال وكل شيء نص رسول الله عليه السلام
على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح
وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى
من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة
وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة وكانت
هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا
كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه
يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو
وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف
سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة
قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة
بالفضة ها وها معناه يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى قال وما سواه مما
فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام بالطعام له قوله عليه السلام
في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت
شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة
انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به

قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين هكذا رواه عبادة بن الصامت وتعاقب القبض لا يعتبر
تفاوتا في المالية عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة
بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي يخالفنا فيه لوجود
الطعم على ما مر ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين
فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت
باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين
ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين
بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالئ
بالكالئ وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النسا
قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة
والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة
فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق
بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع
السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان
مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما فلا يبالى بفوات البعض
كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي
بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة
اللحم فصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة
ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن
في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا
بمثل عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه اينقص اذا جف فقيل نعم فقال
النبي عليه السلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلام حين اهدي اليه رطبا اوكل تمر خيبر هكذا
سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان
غير تمر فبآخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه
على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة قال وكذا العنب بالزبيب يعني على الخلاف

والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب
بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة
بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع او غير المنقع منهما عند ابي حنيفة رحمه
وقال محمد لا يجوز في جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المال وابو حنيفة
يعتبره في الحال وكذا ابو يوسف عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب
بالتمر لما روينا لهما ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت
فيهما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء
احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت
بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا
لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه
ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما ينعقد صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت
حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة **قال** ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج
حتى يكون الدهن والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة
بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان
اكثر او مساويا فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز
لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر
بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان
بالاجماع **قال** ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم البقر والابل
والغنم فاما البقر والجواميس جنس وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي وكذا البان
البقر والغنم وعن الشافعي انها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى
لا يكمل نصاب احدهما بالاخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم يتبدل بالصنعة **قال** وكذا خل
الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين ماءيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين
وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد **قال** وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها
اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا **قال** ويجوز بيع الخبز
بالحنطة والدقيق متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه
والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان
كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف وعليه الفتوى

وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه
يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف
يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده ولا ربوا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده
ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين
لا يجوز لان ما في يده ليس ملك المولى عند ابي حنيفة وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار
كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه **قال** ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب
خلافا لابي يوسف والشافعي لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام
لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فبأي طريق اخذه المسلم
اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

باب الحقوق ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق
هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو له فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن
له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار
ينتظم العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت
اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل
بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب
فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا
يدخل العلو في جميع ذلك لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل
الكنيف لانه من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة لانه مبني على هواء الطريق
فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه
الكنيف **قال** ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له
او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل
بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستأجر لا يشتري الطريق
عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه
لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة **باب الاستحقاق**
ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان اقر بها
لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها
ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار فحجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به

ضرورة صحة الاقرار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد
في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم
بالزوائد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم
بالام تبعا قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان
البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدرى اين هو
رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا
لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة
والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي
المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره باني عبد اذ القول
له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور
والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة
كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة بالاستيفاء عين حقه حتى يجوز
الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف
الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني
قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول
ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل
اذا كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو
شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع
لاستبداد المولى به وصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب
يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة **قال** ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي
في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي
في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق
غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول
على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة

فصل في بيع الفضولي

ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي لا ينعقد
لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة
الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه

للمالك مع تخيره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد
لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فتثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه
كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع **قال** وله الاجازة اذا كان
المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك
بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل
لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق
عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما
يصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض
الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه
والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين
لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حيوته
ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع
ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت
مع الشك **قال** ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز
استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام
لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا
وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب
ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع وكذا لا يصح بيع المشتري من
الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق
المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق
موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فتتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه
وصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون
يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة
الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده
في حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات
فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه
كذا ذكره هلال وهو الاصح **قال** فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشتري

لان الملك تم له من وقت الشرى فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعذر له
ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق
يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يده في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش
للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه
شبهة عدم الملك قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني
لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به
بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل
ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا
بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك
للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت
فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام
المشتري البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد المبيع لم يقبل بينته
للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشرى اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى
وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة
الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال
رحمه الله وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه
للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك في يد غيره وهو
المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري قال ومن باع دار الرجل فادخلها
المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف آخرا وكان يقول اولا
يضمن البائع وهو قول محمد وهي مسئلة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنه
اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين
آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى الآية وبالسنة وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند
الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس
انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام
من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم
والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا

وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني
والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن قال وكذا في المذروعات لانه يمكن
ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا
في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف
مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف
البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف
العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده
في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بكيلي
وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل
وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد انه لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما
باصطلاحهما فتبطل فلا تعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي
يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير
فاشبه الثياب ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة
فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا
على منوال واحد وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى
العصافير قال ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت اذ هو عددي متفاوت لا مقدر
لها قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك
بان بين طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا
يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند
العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله
يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام
لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود
في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان
شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق العبد
المبيع قبل القبض قال ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم
القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت

ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف فلا يكتفى به قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا قال الشافعي رحمه الله يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما روينا ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلاثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم والاول اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه لا يعرف مقداره لانه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن ابي يوسف رحمه الله قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد تعتريه آفة فلا قدرة على التسليم واليه اشار عليه السلام حيث قال أرأيت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال غيره ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رحمه الله الا بسبع شرائط تذكر في العقد جنس معلوم كقولنا حنطة او شعيرا وتمر ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد او رديء ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا واجل معلوم والاصل فيه ما رويناه والفقه فيه ما بينا ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما في الاول ان المقصود يحصل بالاشارة

فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة رحمه الله ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم

في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد
لأن الفساد طارئ إذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح إلا أنه يبطل
بالافتراق لما بينا وهذا لأن الدين لا يتعين في البيع ألا يرى أنه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا
أن لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض
أما الأول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد وأما الثاني فلأن المسلم فيه مبيع والتصرف
في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا تجوز الشركة والتولية في المسلم فيه لأنه تصرف فيه فإن تقايلا
السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ
إلا سلمك أو رأس مالك أي عند الفسخ ولأنه أخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا
لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا
لأنه دين مثله إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس لأنه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر
والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن أسلم في كر حنطة فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرا وأمر
رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله
لنفسه جاز لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع
الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وإن كان سابقا لكن
قبض المسلم فيه لاحق وأنه بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة وإن جعل عينه في
حق حكم خاص وهو الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وإن لم يكن سلما وكان قرضا فأمره بقبض
الكر جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظة الإعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا
حكما فلا تجتمع صفقتان قال ومن أسلم في كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم إليه في غرائر رب السلم
ففعل وهو غائب لم يكن قضاء لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الآمر لأن حقه في الدين
دون العين فصار المسلم إليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه
دراهم دين فدفع إليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسألة
بحالها صار قابضا لأن الأمر قد صح حيث صادف ملكه لأنه ملك العين بالبيع ألا يرى أنه لو أمره
بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم إليه وفي الشراء للمشتري لصحة الأمر وكذا إذا أمره بصبه في البحر
في السلم يهلك من مال المسلم إليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى
بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو أمره
بكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده
فكذا ما يقع فيها فصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لأن البيت بنواحيه في يده

فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع العين والدين والغرائر للمشتري إن بدأ بالعين صار قابضا
أما العين فلصحة الأمر فيه وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة
وأمره أن يزرعها في أرضه وكمن دفع إلى الصائغ خاتما وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار وإن
بدأ بالدين لم يصر قابضا أما الدين فلعدم صحة الأمر وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم فصار
مستهلكا عند أبي حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز أن يكون مراده البداءة
بالعين وعندهما هو بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه في المخلوط لأن الخلط ليس
باستهلاك عندهما قال ومن أسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فماتت في يد
المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء
العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه
وإذا جاز ابتداء أولى أن يبقى انتهاء لأن البقاء أسهل وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية
تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها ولو اشترى جارية بألف ثم تقايلا فماتت في يد
المشتري بطلت الإقالة ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة لأن المعقود عليه في البيع إنما
هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف
بيع المقايضة حيث تصح الإقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع فيه قال
ومن أسلم إلى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم إليه شرطت لك رديئا وقال رب السلم لم تشترط
شيئا فالقول قول المسلم إليه لأن رب السلم متعنت في إنكاره الصحة لأن المسلم فيه يربو على رأس
المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة لأنه يدعي الصحة
وإن كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة وسنقرره من بعد إن شاء الله
ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم لأن المسلم إليه
متعنت في إنكاره حقا له وهو الأجل والفساد لعدم الأجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر
النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقا
عليه فيكون القول قوله وإن أنكر الصحة كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح
وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لأنه ينكر استحقاق
الربح وإن أنكر الصحة وعند أبي حنيفة القول للمسلم إليه لأنه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد
فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسألة المضاربة لأنه ليس بلازم فلم يعتبر الاختلاف فيه
فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح أما السلم لازم فصار الأصل أن من خرج كلامه تعنتا فالقول
لصاحبه بالاتفاق وإن خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده

وعندهما للمنكر وان اكثر الفتحة قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه
في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد له من بيان وزنه ايضا لانه مقصود
فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان آحادها تتفاوت فاحشا وفي صغار اللؤلؤ
التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا
معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمى الملبن قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة
مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز
السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا بأس بالسلم في طست
او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا
خير فيه لانه دين مجهول قال وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت
بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا
حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه
جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح
وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره
في المبسوط وهو الاصح وعن ابي حنيفة رحمه الله ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر
وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع
فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب
لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل
لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل
فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل
على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رحمه الله
انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان
الحمل على السلم اولى

مسائل منثورة

قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم
في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة
تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب
الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف
الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم

نجاسة العين ولئن سلم فيحرم التناول دون البيع قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام فيه
ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه واهل الذمة
في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على
المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم
على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم
ونحن امرنا ان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر
من اثمانها قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن
سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل
من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضمين واصله ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا
وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف
مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بان زاد في الثمن
وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطه على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة
تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطه فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح قال ومن
اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية
وهو الملك في الرقبة على الكمال وهذا قبض لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار
فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب
الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا
ومن اشترى عبدا فغاب فاقام البائع البينة انه باعه اياه ولم يقبض الثمن فان كانت غيبته
معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري
وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي
اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات والمشتري
اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان
فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين
فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه فاذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى
ينقد شريكه الثمن وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض
الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه
وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه

الآباء اذا جمع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي منه شيء والمضطر يرجع
كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء
اذا قضى الثمن من مال نفسه قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان
لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية
وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة
دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود من كل واحد منهما
قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو
قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه
في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له
عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز
الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب
ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال واذا فرخ
طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت
يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض لانه
اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار
كنصب شبكة للجفاف وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في حجره او في
ثيابه ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا
لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من
يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف
هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال فان باع فضة بفضة
او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب
بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال جيدها ورديها سواء وقد
ذكرناه في البيوع قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك
ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن بيع الكالي بالكالي ثم لا بد
من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما
سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر

لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط
قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا قال والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا يمشيان
معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنه وان وثب
من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض راس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل
بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام
الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل
العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا
يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود
الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا
بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض
مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن
زفر رحمه الله لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف
مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية
وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه قال ويجوز
بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه لكن يشترط القبض في المجلس
لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال
فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال
فضة ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل
الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف
نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على
وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما ودفع
من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك
ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما
اللؤلؤ والمرجان وقال عليه السلام لمالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فاذنا واقيما
والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف
فيه وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز
افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية

لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد
مما فيه ليكون ما وضع في الكتاب فان كانت مثله او اقل منه او لا يدري لا يجوز البيع للربوا او
لاحتماله وجهة الفساد من وجهين فترجحت. قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض
ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء شركة بينهما لانه صرف كله فصح فيما
وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض
الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رد لان الشركة عيب في الاناء
وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض
قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر
والشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة لهما ان
في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع
لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما لو اشترى قلبا بعشرة وثوبا
بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف
ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بالف وان
امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان
امكن تصحيحه بالصرف الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم افترقا من غير
قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة
تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه وفيه تغيير وصفه
لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع
نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف مسئلة المرابحة لانه
يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه
يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل
للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء
قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار
بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم
بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب ومع
اقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم
يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض ومن كان له على

عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة
بالعشرة فهو جائز ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن
يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم
المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون
استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه والفسخ
قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وزفر يخالفنا فيه لانه
لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين
لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز
قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال
ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال
واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم واذا كان الغالب على الدنانير الذهب
فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع
بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود
لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي
منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي سواء فان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم
الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي
ذكرناها في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس فهي في
حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فاذا
شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال العبد الضعيف رحمه الله
ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا
فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها
بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر
هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيها نص ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين واذا كانت لا
تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وان كان يقبلها البعض ويردها البعض فهي كالزيوف لا
يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضاء منه وبجنسها
من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضاء منه واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس
المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رحمه الله

قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما ان العقد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قال ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو نظير الذي بيناه ولو استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة عليه مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما تجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فتجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد انظر وقول ابي يوسف ايسر قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف رحمه الله اصح سيما في ديارنا قال ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رحمه الله بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا تجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه قال وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او براسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال علي لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عليه السلام كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة قال فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه

عجز عن احضاره ولانه يسقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات
الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل
بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل وان لم يكن فلوارثه لقيامهما مقام الميت
قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعته اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء لانه موجب
التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين
ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالحضور فكان له ولاية الدفع وكذا اذا
سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت
كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره في الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال
معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن
الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه لان كل واحد منهما
للتوثق وقال الشافعي رحمه الله لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر
فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق
الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة
متعارف ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن
المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة قال ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها او لم يبينها
حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل به ثم ادعى بعد ذلك لم
يلتفت الى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر لا يبين انه الى ماذا يضيفه فلا يصح الكفالة على الوجه
وان بينها ولانه لم يصح الدعوى من غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا لم يجب لا يصح الكفالة بالنفس
فلا يصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة
جرت بالاجمال في الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى
فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص
عند ابي حنيفة رحمه الله معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص
لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا كفالة في حد
من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيه الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ
بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب
موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال ولا يحبس فيهما حتى

يشهد شاهدان او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة
اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة
وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد العدل لحصول الاستيثاق
بالكفالة قال الرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين يطالب به ويمكن الاستيفاء فيمكن ترتيب
موجب العقد عليه فيهما قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب واخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان
لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان
واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت
عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة
وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة فصار كما اذا كفل لشجة صحت الكفالة وان احتمل السراية
والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه
ان شاء الله تعالى قال والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله
لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا
شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل
يكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف
المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك
من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك فوضح الفرق قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط
مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي او ما ذاب لك عليه فعلي او ما غصبك فعلي والاصل فيه قوله
تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط
ملائم لها مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا
قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط
في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا
جعل كل واحد منهما اجلا الا انه يصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط
لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق فان قال تكفلت عنه بما لك عليه فقامت البينة
بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به وان لم
تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف
المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في
حق نفسه لولايته عليها قال وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا

ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في خالص حقه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب
بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به قال فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان
كفل بغير امره لم يرجع بما يؤديه لانه متبرع باداءه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما
اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة
او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث
يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب
عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال
قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد
بينهما مبادلة حكمية قال فان لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا
حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله قال واذا ابرأ الطالب المكفول عنه
او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح
وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز وكذا
اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه
الاصل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى
شهر فانه يكون تاجيلا عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل
داخلا فيه اما ههنا بخلافه قال فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل
والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لان ابراءه
توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع على الاصيل بخمسمائة ان كانت
الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة فيملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان
صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال ومن قال
لكفيل ضمن له مالا قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه بما ضمن له بامره لان البراءة
التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالقبض فيرجع وان قال ابرأتك
لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء
ولو قال برئت قال محمد هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء والابراء فيثبت الادنى اذ لا يرجع
الكفيل بالشك وقال ابو يوسف هو مثل الاول لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء
دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل قال ولا يجوز
تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح

لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء
عن الكفالة بالرد بخلاف ابراء الاصيل قال وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به
كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة
لا تجري فيها النيابة قال واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون وان
تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة
وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا
فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون
ولا بما يكون امانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو تكفل بتسليم
المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز لانه التزم
فعلا واجبا ومن استأجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز
عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا
من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا قال ولا تصح الكفالة الا بقبول
المكفول له في مجلس العقد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز اذا بلغه فاجاز ولم
يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام
فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرنا في الفضولي في النكاح
ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف
على ما وراء المجلس قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من
الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم
ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال ويقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته
وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد
التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك
لاجنبي اختلف المشايخ فيه قال واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل رجل
عنه للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة وقالا تصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب
ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان
به كفيل او له مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب
ولكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط
ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء

باق قال ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيه صاحب المال
فليس له أن يرجع فيها لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة
ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي ولأنه ملكه بالقبض على ما نذكر
بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة في يده فإن ربح الكفيل فيه
فهو له ولا يتصدق به لأنه ملكه حين قبضه أما إذا قضى الدين فظاهر وكذا إذا قضاه المطلوب
بنفسه وثبت له حق الاسترداد لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه
إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل
المطلوب قبل أدائه يصح فكذا إذا قبضه ملكه إلا أن فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك
فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها وباعها وربح فيها
فالربح له في الحكم لما بيناه أنه ملكه قال وأحب إلي أن يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب
عليه في الحكم وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير وقالا هو له ولا يرده على الذي قضاه
وهي رواية عنه وعنه أنه يتصدق به لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله
أنه تمكن الخبث مع الملك إما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه أو لأنه رضي به على اعتبار قضاء
الكفيل فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق
في رواية ويرده عليه في رواية لأن الخبث لحقه وهذا أصح لكنه استحباب لا جبر لأن الحق له قال
ومن كفل عن رجل بألف بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح
الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى
عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض
بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الإعراض
عن مبرة الإقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا إلى قوله علي
وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لأن الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة
ما زاد على الدين وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة عليه لأنه هو العاقد
قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة
على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل بينته لأن المكفول به مال مقضي به وهذا
في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الأخرى لأن معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو ما يقضى به
وهذا ماض أريد به المستقبل كقوله أطال الله بقاءك والدعوى مطلقة عن ذلك فلا تصح ومن أقام
البينة أن له على فلان كذا وأن هذا كفيل عنه بأمره فإنه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وإن

كانت الكفالة بغير أمره فيقضى على الكفيل خاصة وإنما تقبل لأن المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم
وإنما يختلف بالأمر وعدمه لأنهما يتغايران لأن الكفالة بأمره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء
وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر وإذا قضى بها بالأمر ثبت أمره
وهو يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه لأنه يعتمد صحتها قيام الدين
في زعم الكفيل فلا يتعدى إليه وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر وقال زفر لا يرجع
لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فيبطل زعمه ومن باع دارا
وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم
بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشتري
فيه إذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الإقرار بملك البائع قال ولو شهد وختم ولم يكفل
لم يكن تسليما وهو على دعواه لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي بإقرار بالملك لأن
البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم
قالوا إذا كتب في الصك باع وهو يملكه أو بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم إلا إذا
كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين

فصل في الضمان

ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو
مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل لأن الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل
واحد منهما ضامنا لنفسه ولأن المال أمانة في أيديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه
على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته
من الثمن لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي إلى قسمة
الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما إذا باعا صفقتين لأنه لا شركة ألا ترى أن للمشتري
أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا نقد حصته وإن قبل الكل قال ومن ضمن عن آخر
خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز أما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكاة لأنها مجرد فعل
ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته إلا بوصيته وأما النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككري
النهر المشترك وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسارى وغيرها جازت الكفالة بها
على الاتفاق وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله وممن
يميل إلى الصحة الشيخ الإمام علي البزدوي وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصة منها
والرواية بأو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم
ما بيناه ومن قال لآخر لك علي مائة إلى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال
ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق أن المقر

اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه
لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى
لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة
فنوع حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي رحمه الله الحق الثاني بالاول
وابو يوسف فيما روي عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل
له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض
البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل
بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وموضعه
اوائل الزيادات في ترتيب الاصل قال ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل
لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع
على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك
لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن
تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع
وقيمته فيصح

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل
عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما
لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل
وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول
دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن
الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه
فيؤدي الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل
شيء اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون الكفالة
بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها
التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا
عرف هذا فما اداه احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض
بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل
برجوع احدهما بنصف ما ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما
بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره قال واذا

ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال
كله على الاصيل والآخر كفيل بكله على ما بينا فلهذا يأخذه به قال واذا افترق المتفاوضان
فلاصحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاؤوا بجميع الديون لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين
في كفالة رجلين قال واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه
ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل
كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك
فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة
قال ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن
النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط
ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما
احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف
وللمولى ان يأخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة
فان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال
عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى
ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين
المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد
العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ
الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات
العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رده على وجه
يخلفه قيمته وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على
الكفيل بخلاف الاول قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل
عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رحمه الله يرجع ومعنى الوجه الاول
ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد
فتصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال

ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه
فلا ينقلب موجبا ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجاز ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به
او عبد لانه ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثبات
على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال
الكتابة في قول ابي حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

وهي جائزة
بالديون قال عليه السلام من احيل على ملي فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فيصح كالكفالة
وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين قال وتصح
برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة
فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه اما المحيل فالحوالة
تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه
وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل
من الدين بالقبول وقال زفر رحمه الله لا يبرا اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا
ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم
والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملى والاحسن في القضاء
وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا قال ولم يرجع
المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت
مطلقة فلا يعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة
لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال والتوى عند ابي حنيفة احد الامرين
اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد
وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته وهذا
بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورائح قال واذا
طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان
عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه
دينا وهو ينكر والقول للمنكر واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي
وقال المحتال بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو
ينكر ولفظ الحوالة مستعمل في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن اودع رجلا الف
درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها

فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف
كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيد في هذه الجملة انه لا يملك المحيل مطالبة
المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل
وهذا لانه لو بقي له مطالبته فيأخذه منه تبطل الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق
لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده قال ويكره السفاتج وهو قرض استفاد به
المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر
نفعا والله اعلم

باب ادب القاضي

ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط
الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة
لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط
لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي
ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان
عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا
وقال الشافعي الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلثة رحمهم الله
في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل
ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقلده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا
لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد حذرا من النسبة الى الخطا
واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي
هو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي
بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار من
هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله
ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون
صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا
يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون مع ذلك صاحب قريحة يعرف بها عادات
الناس لان من الاحكام ما يبتني عليها قال ولا باس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه ان
يؤدي فرضه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا
بالمعروف قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير
شرطا لمباشرته القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل قاضيا فكانما

ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ
ظنه ولا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء دون
غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد قال وينبغي
ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه
نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم قال ويجوز
التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوه من معاوية
رضي الله عنه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان
جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان
يمكنه قال ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات
وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان
البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله
وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث
امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في
خريطة كيلا تشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال وينظر في حال المحبوسين
لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه
الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بمقبولة لا سيما اذا كان على فعل
نفسه فان لم تقم لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا
فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم
به البينة او يعترف به من هو في يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا ان يعترف الذي في يده
ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار
القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه قال
ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى
لانه اشهر وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص
والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله
عليه السلام يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم كانوا يجلسون في المساجد
لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في
اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد

او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس
به ويأذن للناس في الدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة
قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة
الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت
للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على العادة او كانت له خصومة لانه
لاجل القضاء فيتحاماه ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء بخلاف
العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله انه يجيبه وان كانت خاصة
كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال ويشهد الجنازة ويعود
المريض لان ذلك من حقوق المسلم على المسلم قال عليه السلام ستة حقوق وعد منها هذين و
لا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال واذا حضرا
سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس
والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب
الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه
يذهب بمهابة القضاء قال ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول اتشهد بكذا وكذا وهذا
لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لان
الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل والله اعلم

فصل في الحبس واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه
وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم
يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك
حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره قال فان امتنع حبسه
في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل
المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا
ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير
الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قوله وعلى المدعي
اثبات غناه ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي
اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسألتان تؤيدان القولين الآخرين والتخريج على ما قال
في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا

عند ابي حنيفة ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة
فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وانما
يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى
غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى رأي القاضي لاختلاف
احوال الاشخاص فيه قال فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة
الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة يقبل في رواية
ولا يقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه
وبين غرمائه وهذا الكلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله قال وفي الجامع الصغير
رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا
خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته
قد بيناه فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد
في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد والقصاص قال الا اذا امتنع
من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان والله اعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق
اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه
وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة
ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها
ان شاء الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه
الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة
والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة
ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما
بشرائط تعرف في موضعها وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون رحمهم الله قال
ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت
الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستئمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم
وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية قال ويجب
ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم

كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ
ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال
ابو يوسف آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن
ابي يوسف ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة
واختار شمس الائمة السرخسي رحمه الله قول ابي يوسف قال واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة
الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل
لا للحكم قال فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا
في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب
ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما
يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه
اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب
لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير عملهما
وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة
المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه
مشايخنا رحمهم الله لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا
يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة
على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل آخر

ويجوز قضاء
المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف
على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف
المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف
دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجازه الاول جاز
كما في الوكالة وهذا لانه حضره رأي الاول وهو الشرط قال واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني
نائبا عن الاصيل واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع
بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم
جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى لاقى محلا مجتهدا فيه ينفذ ولا
يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به ولا ينقض

بما هو دونه فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة وان كان
عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه
قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى قال ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة
المشهورة منها وفيما اجمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف
والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في
الباطن كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين
وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح قال
ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز لوجود الحجة وهي
البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار
ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة
ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف
ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما
بان كان ما يدعي على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب
اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما على الغائب وقد عرف تمامه في الجامع
قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال
محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان اقرض الوصي ضمن
لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على
انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي
فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء قال ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود
في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا
حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من
جهتهما فلا يحكم الا برضاهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما قال واذا رفع حكمه
الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان
خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه قال ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه
لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل
على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو الصحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى

دفعا لتجاسر العوام وان حكما في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية
له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة
لا تعقل ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر
باقرار احد الخصمين وبعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة وان اخبر
بالحكم لا يقبل قوله لانقضاء الولاية وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل والمولى والمحكم
فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا
حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذلك القضاء ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما
لانه امر يحتاج فيه الى الرأي

مسائل شتى من كتاب القضاء

واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس
لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة معناه بغير رضا صاحب العلو
ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة
لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل
عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستأجر والاطلاق
بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه
فيمنع عنه قال واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب عنها زائغة مستطيلة وهي غير
نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم
في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة
لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح
المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق في القصوى
بتركيب الباب قال وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا لان لكل منهم حق المرور
في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها قال ومن ادعى
في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح على الانكار
وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز
عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة على ما عرف قال ومن ادعى دارا في يد رجل
انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه واقام البينة على
الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد
الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة
ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره في بعض

الفسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب ودعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضا بخلاف
ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان
اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ
يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت
الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء
الثمن من المشتري فات رضاء البائع به فيستبد بفسخه ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم
ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف
من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص
بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى
لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا
يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال
والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال
ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لانه اقراره هو الاول
وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال اشتريت
وانكر له ثم صدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما
فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر له يتفرد برد الاقرار فافترقا قال ومن ادعى على آخر مالا فقال
ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت
بينته وكذلك على الابراء وقال زفر رحمه الله لا يقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون
مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه لا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح
على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك
علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء وكذلك على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون
بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدوري انه يقبل ايضا
لان المحتجب او المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه
بعد ذلك فامكن التوفيق قال ومن ادعى على آخر انه باعه جاريته فقال لم ابعها منك قط فاقام
البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم
تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف انه تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير
للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا

بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا
الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله او كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله
بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما
استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء يصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل
في الكلام الاستبداد ولان الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات
المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله ولو ترك فرجة قالوا
لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

فصل في القضاء بالمواريث

واذا مات نصراني
فجاءت امرأته مسلمة فقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول
قول الورثة وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات
ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا
ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت
مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة لا بل اسلمت بعد موته
ولا ميراث لك فالقول قولهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة
اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا قال ومن مات وله في يد رجل اربعة
آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه
لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة
بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه
اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون
اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر
بالدفع اليه فلو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضى بالمال
للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح
كما اذا كان للاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني
له مكذب فلم يصح قال واذا قسم الميراث بين الغرماء فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث
وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ الكفيل والمسئلة
فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان
القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع
بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه واعطى امرأة الغائب

النفقة من ماله ولأبي حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر ثابت قطعاً أو ظاهراً فلا يؤخر لحق موهوم
إلى زمان التكفيل كمن أثبت الشراء ممن في يده أو أثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه
لا يكفل ولأن المكفول له مجهول فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء بخلاف النفقة لأن حق الزوجة
ثابت وهو معلوم وأما الآبق واللقطة ففيه روايتان والأصح أنه على الخلاف وقيل
إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت ولهذا كان له
أن يمنع وقوله ظلم أي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطئ ويصيب
لا كما ظنه البعض قال وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها
ميراثاً بينه وبين أخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده
ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن كان الذي هي في يده جاحداً
أخذ منه وجعل في يد أمين وإن لم يجحد ترك في يده لهما أن الجاحد خائن فلا يترك المال
في يده بخلاف المقر لأنه أمين وله أن القضاء للميت مقصوداً واحتمال كونه مختاراً
ثابت فلا ينقض يده كما إذا كان مقراً وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود
في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد
قيل يؤخذ منه بالاتفاق لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه بخلاف العقار لأنها
محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا من
وصي الأم والأخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف أيضاً وقول أبي حنيفة فيه أظهر
لحاجته إلى الحفظ وإنما لا يؤخذ الكفيل لأنه إنشاء خصومة والقاضي إنما نصب لقطعها
لا لإنشائها وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة ويسلم النصف إليه بذلك
القضاء لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين فيما يستحق له وعليه ديناً كان
أو عيناً لأن المقضي له وعليه إنما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة
عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لأنه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائباً عن غيره ولهذا
لا يستوفي إلا نصيبه وصار كما إذا قامت البينة بدين للميت إلا أنه إنما يثبت استحقاق
الكل على أحد الورثة إذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لأنه لا يكون خصماً بدون اليد
فيقتصر القضاء على ما في يده ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة وإن
أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس أن يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم
اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إيجابه
إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال أما الوصية أخت الميراث لأنها خلافة كهي

فلا يختص بمال دون مال ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة أما
الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف إلى الكل ويدخل فيه الأرض العشرية عند أبي يوسف
لأنها سبب الصدقة إذ جهة الصدقة في العشر راجحة عنده وعند محمد لا يدخل لأنه سبب المؤنة
إذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل أرض الخراج بالإجماع لأنه يتمحض مؤنة ولو قال ما أملكه
صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لأنه أعم من لفظ المال والمقيد إيجاب الشرع
وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح أنهما سواء لأن الملتزم
باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر قال ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب
يمسك من ذلك قوته ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بمثل ما أمسك لأن حاجته هذه مقدمة
ولم يقدر لاختلاف أحوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوت يومه وصاحب الغلة لشهر
وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال وعلى هذا صاحب التجارة
يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله قال ومن أوصي إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فهو
وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن أبي يوسف أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضاً
لأن الوصاية إنابة بعد الموت فتعتبر بالإنابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر
أن الوصاية خلافة لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف
الوارث أما الوكالة إنابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لأنه لو توقف لا
يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الأول يفوت لعجز الموصي قال ومن أعلمه من الناس بالوكالة
يجوز تصرفه لأنه إثبات حق لا إلزام أمر قال ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان
أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة وقالا هو والأول سواء لأنه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية
وله أنه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط أحد شطريها وهو العدد أو العدالة بخلاف
الأول وبخلاف رسول الموكل لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال وعلى هذا الخلاف
إذا أخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر وإذا باع القاضي أو أمينه
عبداً للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي
والقاضي مقام الإمام وكل منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد عن قبول هذه الأمانة فتضيع الحقوق
ويرجع المشتري على الغرماء لأن البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما إذا
كان العاقد محجوراً عليه ولهذا يباع بطلبهم قال وإن أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق
أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان
بإقامة القاضي عنه فصار كما إذا باعه بنفسه قال ورجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم وإن ظهر

للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

فصل آخر

واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا وقال لا تاخذ بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطاء والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ رحمهم الله هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي الامر واجب وفي تصديقه اطاعته وقال الامام ابو منصور رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطاء والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك اذا قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان الذي اخذ منه المال والذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرا انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع والآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حالة القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا قال ولو زعم المقطوع يده او المأخوذ ماله انه فعل قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا هو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون منه كان معهودا ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق قال ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى فعله في غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة والله اعلم

كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحدود والتوقي عن الهتك قال والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على افضلية الستر الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري رحمه الله مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق تقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى باللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة

على الشافعي في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس
اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام
ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق واما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين
سنة ويفرق بعدها لانها تايدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيع اذا اشتراها
بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت
بقولهن فيحلف البائع واما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة رحمه الله
في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلوة لانه من امور الدين وعندهما
يقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال فصار كشهادتهن
على نفس الولادة قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد
لفظة الشهادة وقال علم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون
من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق
لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف رحمه الله ان الفاسق اذا كان
وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب
لمروته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة
واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة
ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه
اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة
الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى
الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة يقتصر الحاكم
على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون عدول
بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر رضه ولان الظاهر هو الانزجار
عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه
يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة
فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم يسأل عنهم لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق
لان القضاء مبنيه على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه
عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية

في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل كل ذلك
في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة
تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا
تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول
المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية
ثابتة بالدار وهذا اصح وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه
قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية آخر الى تزكيته لان
العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره
مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطؤا
او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال واذا كان رسول
القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم
عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو
بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه ويشترط الذكورة في المزكي في الحدود
ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط
العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر
حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف
لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله

فصل وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب
والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو
الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال
النبي عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول
اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان
النغمة تشبه النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب
وليس في البيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنها ما لا
يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته
الا ان يشهده لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء

فلا بد من الابانة والتفصيل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان
يشهد لانه ما حمّله وانما حمّل غيره قال ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر
الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة وعندهما يحل له
ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه او
قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم
ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة
او اخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن وانت قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه
الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء
اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك
بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص
من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع
ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد
بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره
رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة
لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج
ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة اما اذا فسره للقاضي انه يشهد
بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر لا تقبل
كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا
اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا
رأى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر
للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء
والوقف وعن ابي يوسف انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب وعن محمد انه يجوز في الوقف
لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة وكذا
فيما يبتنى عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله
هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد
اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف
انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله

في الرواية

في الرواية وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا رحمهم الله
لان اليد متنوعة الى امانة وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة ثم ان
عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك
استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك
لا يحل واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد
نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك
لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما فيدفع
يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا
بالثياب والفرق ما بيناه

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل
شهادة الاعمى وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله تقبل فيما يجري فيه التسامع
لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي يجوز اذا كان بصيرا وقت
التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل
بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له
والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة
لتعريف الغائب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام الاهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها
حجة عنده وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية
بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية
وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره قال ولا المحدود في قذف وان تاب
لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف
المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي تقبل اذا تاب
لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك
هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن قال ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته
لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد
اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق قال ولا شهادة
الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام
لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد

ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا
لا يجوز اداء الزكوة اليهم فيكون شهادة لنفسه من وجه او يتمكن فيه التهمة قال رضي الله عنه
والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه
وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهة او مشاهرة
فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستاجر عليها قال ولا تقبل شهادة
احد الزوجين للآخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا
يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا
شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا
لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به قال
ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه
ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك
لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما
تقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك و
منافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث
في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة
قال ولا نائحة ولا مغنية لانهما ترتكبان محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين
النائحة والمغنية قال ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور
لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعوده سطحه ليطير طيره وفي بعض
النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة قال
ولا من ياتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق قال ولا من يدخل الحمام من غير مئزر لان
كشف العورة حرام قال او ياكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر
وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة
لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان
قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة
كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك للمروة واذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك
لا يمتنع عن الكذب فيتهم قال ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف
من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل لانه اغلظ

وجوه

وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه به فيمتنع عن الكذب
فصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث
التعاطي اما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل
يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتتمكن التهمة في شهادتهم قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم
على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون
هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ما روي
ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه و
اولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه
يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف
شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه
وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي
اراد به والله اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل شهادة
الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض اذا
كانوا من اهل دار واحد فان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع
الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن قال وان
كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية
هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما
ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا ينقدح به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة المشروعة لان في اعتبار
اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق قال وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة
الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا قال والخصي فان عمر رضي الله عنه
قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده قال وولد الزنا
لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وقال مالك لا تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون
غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى
جائزة لانه رجل او امراة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال وشهادة العمال جائزة والمراد
عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل
العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف
في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروة ولمهابته لا يستاجر على الشهادة

الكاذبة قال واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جائز استحسانا
وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك
او غريمان لهما على الميت او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما
وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب
الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان
يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب
ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له
ولاية نصب الوصي فيكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة
وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما
وان شهدا ان اباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما
لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير
موجبة لمكان التهمة قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما
لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب
الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك تقبل لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال ولو اقام رجل
اي المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار
وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود
بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في
ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا لو اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته
اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا
انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي
تقبل قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته
ومعنى قوله اوهمت اي اخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه
ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في اوانه وهو
عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس
وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد
ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا
اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة

وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يقبل
قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق
العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها قال ويعتبر اتفاق
الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رحمه الله فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل
الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة
والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة
وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما وصار كالالف والالف
والخمسمائة ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد
باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد
منهما شاهد واحد وصار كما اذا اختلف جنس المال قال وان شهد احدهما بالف والآخر
بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين
عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احديهما على الاخرى والعطف
يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة وخمسة عشر
لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن لي الا الالف
فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا
سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولم يوجد ولو قال كان
حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قال واذا
شهدا بالف وقال احدهما قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع
قوله قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان
شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال وينبغي للشاهد
اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وفي
الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة
جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن
اصحابنا رحمهم الله انه لا تقبل وهو قول زفر رحمه الله لان المدعي كذب شاهد القضاء قلنا
هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال واذا شهد شاهدان
انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم تقبل

الشهادتين لان احديهما كاذبة وليست احديهما باولى من الاخرى فان سبقت احديهما
وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا
تنتقض بالثانية قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع
وان قال احدهما بقرة وقال الآخر ثور لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يقطع في الوجهين
جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض
وقيل الاختلاف في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم
يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار كالذكورة
والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان
فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده بخلاف
الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحدة
وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان
بالف وشهد آخر انه اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات
السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على
كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين
ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان
كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا ان كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود
اثبات السبب وكذلك الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هو
المرأة والعبد والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى
من جانب الآخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق
باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل
لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى
الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة
والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين قال فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة
لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة
ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل
فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى

اقل المالين واكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما
اذا كان المدعي هو الزوج اجماع انه لا يقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده
ليس الا العقد وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرنا

فصل في الشهادة على الارث

قال ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها
او اودعها الذي هي في يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له
واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضى للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها
ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله هو يقول ان ملك الوارث
ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان
ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل
للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفى بالشهادة
على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره
ان شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع
والمستاجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل وان شهدوا انها كانت في يد
فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة
الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت وان
قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف انها تقبل لان
اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا
بالاخذ من المدعي ووجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي
متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم
غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين
ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة قال وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعي
لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعي
دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة
اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة
ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة
من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود

فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وتجوز شهادة شاهدين على شهادة
شاهدين وقال الشافعي لا تجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان
مقام واحد فصار كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة
رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل قال
ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك ولانه حق من الحقوق
فلا بد من نصاب الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد
على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب
عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء
وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد
قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر
عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة
الاصل وذكر التحميل ولها الفاظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوساطها ومن قال
اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه لا بد
من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا
حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول ليصير
حجة فيظهر تحميل ما هو حجة قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل
او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون حضور مجلس الحاكم لان
جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر
لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل
هذا الحكم وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح
الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال
فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما
الآخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا
يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة
قال وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف وقال محمد رحمه الله
لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف
ان المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا

حضروا

حضروا بانفسهم وشهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان
التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على
فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه
يقال للمدعي هات شاهدين انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي
يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة
ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على ان المحدود بها
في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذلك
كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور
ولايته ينفرد بالنقل قال ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي
القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى
بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة
والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة
والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
خلافا لابي يوسف على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل
منزلة الجد الادنى فصل قال ابو حنيفة شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا
نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين
سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر
وله ان شريحا كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان
مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث
عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول
عن شريح فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع
ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه
الناس وذكر شمس الائمة السرخسي انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي
عندهما وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا
وقالا يعزران وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق
الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي للشهادة والبينات للاثبات باب الرجوع عن الشهادات
اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي

بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه فان حكم
بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالمتناقض ولانه
في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما اتلفوه
بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد
ان شاء الله قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من
المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر
والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما
واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة
انه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح قال واذا شهد شاهدان بمال فحكم
الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر
وقد تسببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود
المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء وفي
ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما
يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة
بين اخذ العين والزام الدين فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل ان المعتبر في هذا بقاء
من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم
فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل المال وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف
متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء
احدهم يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة
الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان شهادة الرجل يبقى نصف الحق
وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان
رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية
فبقي ثلثة الارباع فان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه
عند ابي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن
مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامتا
مقام رجل قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل فصار
كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فان رجع النسوة العشر دون الرجل عليهن نصف الحق

على القولين لما قلنا ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان
الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال وان شهد شاهدان على
امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقل من مهر مثلها لان
منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن
وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذا اذا شهدا على رجل يتزوج
امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف
بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه
بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض قال
وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض
وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون
البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه
فاضيف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف
المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر
اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب
نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما قال وان شهدا انه اعتق عبده
ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول
اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء قال واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية و
لا يقتص منهما وقال الشافعي يقتص منهما لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي
يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان السبب ما يفضي اليه
غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حيوته ظاهرا ولان الفعل الاختياري
مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات
والباقي يعرف في المختلف قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء
صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع
على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر
محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا
وهذا عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع
لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول

فصار كأنهم حضروا ولو رجع الأصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير
لأن القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمّن الأصول وإن شاء
ضمّن الفروع لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الأصول
من الوجه الذي ذكر فيتخيّر بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين وإن قال
شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت إلى ذلك لأن ما
أمضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما
شهدوا على غيرهم بالرجوع قال وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند أبي حنيفة
وقالا لا يضمنون لأنهم أثنوا على الشهود فصاروا كشهود الإحصان وله أن التزكية
إعمال الشهادة إذ القاضي لا يعمل بها إلا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة بخلاف
شهود الإحصان لأنه شرط محض قال وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط
ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لأنه هو السبب والتلف يضاف إلى مثبتي
السبب دون الشرط المحض ألا ترى أن القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود
الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق
والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز أن يعقده الإنسان
بنفسه جاز أن يوكل به غيره لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض
الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل غيره فيكون سبيلا منه دفعا لحاجته وقد صح أن النبي عليه السلام
وكّل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة رضه قال ويجوز الوكالة بالخصومة
في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات وقد صح
أن عليا رضه وكّل عقيلا وبعد ما أسنّ عبد الله بن جعفر رضه وكذا بإيفائها واستيفائها
إلا في الحدود والقصاص فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لأنها
تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف
غيبة الشاهد لأن الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل
أحد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلا وهذا الذي ذكرناه قول
أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود
أيضا وقول محمد مع أبي حنيفة وقيل مع أبي يوسف وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون
حضرته لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره له أن التوكيل إنابة وشبهة النيابة
يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولأبي حنيفة

أن الخصومة شرط محض لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة فيجري فيه
التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه وكلام أبي حنيفة
فيه أظهر لأن الشبهة لا تمنع الدفع غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الأمر
وقال أبو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا
مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي ولا خلاف
في الجواز إنما الخلاف في اللزوم لهما أن التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على
رضى غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله أن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس
متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه
أحدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لأن الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما
يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم
تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لا يمكنها أن
تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتأخرون وعليه الفتوى
قال ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الأحكام لأن الوكيل يملك التصرف
من جهة الموكل فلا بد أن يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد
ويقصده لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبيا
لا يعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا قال وإذا وكّل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز لأن
الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة وإن وكّلا صبيا محجورا يعقل البيع والشراء
أو عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لأن الصبي من أهل العبارة ألا ترى
أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له وإنما لا يملكه في حق
المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور أهليته والعبد
لحق سيده فيلزم الموكل وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي
أو مجنون له خيار الفسخ لأنه دخل في العقد على أن حقوقه يتعلق بالعاقد فإذا ظهر خلافه يتخير
كما إذا عثر على عيب قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه
كالبيع والإجارة فحقوقه يتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي يتعلق بالموكل لأن الحقوق
تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل
بالنكاح ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا
وكذا حكما لأنه يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل ولو كان سفيرا لما استغنى عن ذلك كالرسول

واذا كان كذلك كانا اصلا في الحقوق فيتعلق به فلهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح قال رضي الله عنه وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه يتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا يرى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخوات العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة وبالتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق تعود الى العاقد فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد لما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين والله اعلم

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد

او جارية

او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والسندي والهندي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمار قال ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز وان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل

ما دام الحبس يصير الموكل قابضا بيده ولان الحبس حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع
من الموكل وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط
حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف
فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند
ابي يوسف وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وضمان الغصب عند زفر رحمه الله
لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي
يوسف انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان
البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا
رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به قال واذا وكله بشري عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى
عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم
عند ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض النسخ قول محمد رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله
ومحمد رحمه الله لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن
ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله
ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة انه امره بشراء عشرة ولم يأمره بشراء
الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة
هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم
حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل
مقصود الآمر قال ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي
الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل
فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل
وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه
لانه خالف امر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل
الاول لانه حضره رأيه فلم يكن مخالفا قال وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى
عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه
هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي
بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع
وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا

او يفعل

او يفعل عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا
وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان
يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة
ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله هو للعاقد لان
الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف
يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد
فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله
على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه قال
ومن امر رجلا بشري عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك
فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور لان في الوجه الاول
اخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر فالقول للمنكر وفي الوجه
الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا
ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة القول
للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف
ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده هنا وان
كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا
او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء
شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين
على ما ذكرنا لابي حنيفة رحمه الله ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان
امره فان فلانا يأخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار
اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن له ذلك لان الاقرار يرتد برده قال الا ان يسلمه المشتري له
فيكون بيعا وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه
ثم سلمه المشتري له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم
يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب
ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان
التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل

بالشراء، وهذا كله بالإجماع ولو أمره أن يشتري بها بألف وقيمتهما سواء فعند أبي حنيفة إن اشترى أحدهما
بخمسمائة أو أقل جاز وإن اشترى بالأكثر لم يلزم الآمر لأنه قابل الألف بهما وقيمتهما سواء فيقسم
بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وبأقل منها مخالفة
إلى خير وبالزيادة إلى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف
قبل أن يختصما استحسانا لأن شراء الأول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين
وما ثبت الانقسام إلا دلالة والصريح يفوقها وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن اشترى
أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز
لأن التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية
يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر قال ومن له على آخر ألف فأمره أن يشتري بها
هذا العبد فاشتراه جاز لأن في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره إن شاء الله
وإن أمره أن يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده من قبل أن يقبضه الآمر مات
من مال المشتري وإن قبضه الآمر فهو له وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد هو لازم للآمر
إذا قبضه المأمور وعلى هذا إذا أمره أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه لهما أن الدراهم والدنانير
لا يتعينان في المعاوضات دينا كان أو عينا ألا ترى أنه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين
لا يبطل العقد فصار الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لأن يد الوكيل كيده
ولأبي حنيفة رحمه الله أنها تتعين في الوكالات ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين
منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين
من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما إذا اشترى بدين على غير المشتري
أو يكون أمرا بصرف ما لا يملكه إلا بالقبض قبله وذلك باطل كما إذا قال أعط مالي عليك من شئت
بخلاف ما إذا عين البائع لأنه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق
لأنه جعل المال لله تعالى وهو معلوم وإذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله إلا إذا
قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا قال ومن دفع إلى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية
فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بألف فالقول قول المأمور ومراده
إذا كانت تساوي ألفا لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن العهدة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة
وهو ينكر فإن كانت تساوي خمسمائة فالقول للآمر لأنه خالف حيث اشترى جارية تساوي
خمسمائة والأمر تناول ما يساوي ألفا فيضمن قال وإن لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الآمر أما
إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وإن كانت قيمتها ألفا فمعناه أنهما يتحالفان لأن الموكل

والوكيل في هذا بمنزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف
ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور قال ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسم له
ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور فالقول
قول المأمور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر وفي المسألة
الأولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين
البائع والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل إذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق
عليه فبقي الخلاف وهذا قول الإمام أبي منصور وهو أظهر

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

قال وإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى بألف ودفعها إليه فإن قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه
فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لأن بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق
ببدل والمأمور سفير عنه إذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه وإذا كان إعتاقا
أعقب الولاء وإن لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل به
إذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لأن المجاز فيه متعين وإذا كان معاوضة
يثبت الملك له والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله ثمنا للعبد فإنه في
ذمته حيث لم يصح الأداء بخلاف الوكيل يشتري العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لأن العقد
هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد أما ههنا أحدهما إعتاق معقب
للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد
من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل
فهو للآمر لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لأنه أجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه
من حيث إنه مال إلا أن ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فإذا أضافه إلى الآمر
صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر وإن عقد لنفسه فهو حر لأنه إعتاق وقد رضي به المولى
دون المعاوضة والعبد وإن كان وكيلا بشراء شيء معين آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو
قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لأن المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف
واقعا لنفسه

فصل في البيع

قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز أن يعقد مع أبيه وجده
ومن لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه
لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لأنه بيع من نفسه
لأن ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله أن مواضع
التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولأن المنافع

بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف قال والوكيل بالبيع
يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا
يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات
فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية
بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه
شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير
موضع التهمة والبيع بالغبن او بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين
والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة على ما هو المروي عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع
يحنث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة
شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل
القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه
متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء
بعينه قالوا ينفذ على الامر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امراة
باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يتمكن هذه التهمة
ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد قال والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين
وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده لان التصرف
يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف
قال واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق
والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به اولى وقالا
لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما لان بيع
النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع
الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز
وهذا استحسان عندهما وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه
لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج
الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الامر البيع تبين انه وسيلة فينفذ
على الامر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة ان في الشراء تتحقق التهمة على ما مر واخر ان الامر
في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه

التقييد والاطلاق قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض
فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين او باقرار
فانه يرده على الامر لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا
الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث في مدة شهر لكنه
اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء
او الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها في الرد حتى
لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل
فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او
باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار
عدم ممارسته المبيع فلزم الامر قال وان كان ذلك باقرار لزم المامور لان الاقرار حجة
قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة
او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم
بايعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي
غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم
الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة
في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم لما ذكرنا والحق في وصف
السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية
باطول من هذا قال ومن قال لاخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور امرتني
ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الامر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق
قال وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل
في المضاربة العموم الا يرى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق
بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع اخر حيث يكون القول
لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع
ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه
قد تقدم قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا
فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة
توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه

يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض
اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه **فصل** قال واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما
ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير
ذلك لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير
لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان
الاجتماع فيهما متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا
لتقويم الخصومة قال او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة
او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة
المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما
لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما
فاعتبره بدخولهما قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل
به وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء قال الا ان ياذن له الموكل لوجود الرضا
او يقول له اعمل برأيك لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا
عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره
في ادب القاضي قال فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور
رأي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رأيه الا ان
يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضر رأيه ولو قدر الاول الثمن
للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف
ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما
في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه
رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن قال واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته
وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق
والكفر يقطعان الولاية الا ترى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا
الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه لان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض
الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم
فلا يفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان
الحربي ابعد من الذمي فاولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما

لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي
مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل
كان مسلما فيصح **باب الوكالة بالخصومة والقبض** قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض
خلافا لزفر رحمه الله هو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك
شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤه بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة
في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض
على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع فالفتوى
على انه لا يملك قال فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة
احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة
عند ابي حنيفة رحمه الله حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا
لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال
يهتدي الى الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ولابي حنيفة رحمه الله انه وكله بالتملك
لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين حقه
من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد
بالعيب وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هناك
والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل
فيها فيكون خصما فيها قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه امين محض
والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي هو
في يده البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس
ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده
لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع فصار كما
اذا قام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا قال وكذلك
العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة
على العتاق قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير
القاضي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف يجوز اقراره
عليه وان اقر في غير مجلس القاضي وقال زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف
اولا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشيء

لانه ولي ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار وكذا لو وكله بالجواب
مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى ووجه الاستحسان ان التوكيل
صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون احدهما عينا وطريق المجاز
موجود على ما نبينه ان شاء الله فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف
انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد انه يصح لان للتنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق
يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه و
تخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول ابو يوسف ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس
القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل تناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا
والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه سبب له لان
الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره
في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب او الوصي
اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليهما قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال
بقبضه من الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه
في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه
مبرئا لنفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء وطالب
العبد بجميع الدين فلو وكل الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه قال ومن ادعى انه
وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه
خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء
حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا
في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم
يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره
قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت
الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة
ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة
وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه
اياه في الوكالة وهذا اظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب
لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة

لم يملك

لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولانه باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع
الياس عن غرضه قال ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه
اقر له بمال الغير بخلاف الدين فلو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له لا وارث له غيره
وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى
انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا
بملك الغير لانه من اهله فلا يصدق في دعوى البيع عليه قال فان وكل وكيلا بقبض مال فادعى الغريم
ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت
بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه
نائب قال وان وكل بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم ترد عليه حتى يحلف المشتري
بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند
نكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند ابي حنيفة
كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد فاما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب
على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف
ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق
عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه
وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس
والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء فاما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه والله اعلم

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله
الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال
حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه
جائز حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه
فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول
وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده قال وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه
جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه
فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة
الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة
لانه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد رحمه الله حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات

فقدرناه احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رحمه الله لان تصرفات المرتد موقوفة
عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما
تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير
وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها
لا تؤثر في عقودها على ما عرف قال واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان
فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد
قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف
على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت
الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود
مسلما قال رضي الله عنه وهذا عند محمد فاما عند ابي يوسف لا تعود الوكالة لمحمد ان الوكالة اطلاق
لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال
العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل
التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود
كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر
وعن محمد انه تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك
وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق قال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف
بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده
او كتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امرأة او بشراء شيء ففعله بنفسه
او يوكل بطلاق فطلقها الزوج ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما
تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها
لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها
له ان يزوجها الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء
قاض فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل
وقال محمد له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا
وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم
الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان
له ان يبيعه والله اعلم

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها
والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد
اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي
من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد
وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد رحمه الله في الاصل
المدعى عليه هو المنكر فهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا
لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين
وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما
في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول
لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في
الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول
لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا
القضاة من آخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين
المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله تعالى قال وان لم تكن حاضرة
ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر
مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة
قال فان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف
بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة
ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة
على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا
خلافا لزفر لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك
بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في
يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي
وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح
نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة
وقوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا
في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا
في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق قال وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه

لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف
لانه يعرف به قال واذا صحت الدعوى سال المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم فان اعترف
قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وان انكر سال المدعي البينة
لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سال ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد
من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن
ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا ترى انه
كيف اضيف اليه بحرف اللام **باب اليمين** واذا قال المدعي لي بينة حاضرة و
طلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف
يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رحمه الله
ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا فلا يكون حقه دونه
كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكر الخصاف ومع ابي حنيفة
فيما ذكره الطحاوي قال ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين
على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس
شيء وفيه خلاف الشافعي رحمه الله قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة
الخارج اولى وقال الشافعي يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور
وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق والاستيلاد او التدبير ولنا ان
بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد
دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء
الثابت بها قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعي عليه وقال
الشافعي لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل التورع
عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال
ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك
لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فيترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين
لما قدمناه قال وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا
قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال فاذا كرر
العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط
والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه

وهو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت
وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح قال وان كانت الدعوى نكاحا لم
يستحلف المنكر عند ابي حنيفة ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق
والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد يستحلف في ذلك كله
الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه
وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول
اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار
يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد
ولابي حنيفة رحمه الله انه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى
كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء
بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة
الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل
معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن المسروق ولم يقطع
لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد
عليها رجل وامرأتان قال واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل
ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود
وهو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال
بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة
وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما
اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواها
الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد
استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس
حتى يقر او يحلف وهذا عند ابي حنيفة وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار
فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص
لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطأ والولي يدعي العمد ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان
وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار

لقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظر المدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازمه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به لمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وقوله عليه السلام من حلف بغير الله فقد اشرك وتؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة والقاضي بالخيار ان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله قال ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التورية على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التورية على موسى عليه السلام ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى عليهما السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل ويروى عن ابي حنيفة انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا وذكر الخصاف انه لا يحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله لان في ذكر النار مع اسم الله تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله قال ولا يحلفون في بيوت عبادتهم

لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعي مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع يحلف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يتكرر الرق عليهما بالردة واللحاق ونقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم قال ومن ورث عبدا فادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز وهو ماثور عن عثمان رضي الله عنه وليس له ان يستحلف على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه والله اعلم

باب التحالف

واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه فاقام احدهما البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا

فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يتراضيان بالفسخ فاذا علما به
يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض
على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب
تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره وكل منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس
لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري
ينكره فيكتفي بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة
قائمة بعينها تحالفا وترادا ويبتدأ بيمين المشتري وهو قول محمد وابي يوسف آخرا ورواية
عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن ولانه يتعجل
فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع يتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى
زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف يقول اولا يبتدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام
اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم وان
كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدأ القاضي بايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين
ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال
في الزيادات يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه
بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تأكيدا والاصح الاقتصار على النفي
لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا
قال فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت
ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت
البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في فاسد البيع قال وان نكل احدهما
عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم
القول بثبوته قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن
فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف
في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في
وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان
ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف
الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما
يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا

عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري وقال محمد يتحالفان وينفسخ البيع على قيمة الهالك
وهو قول الشافعي وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما
ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة
الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف
ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لانه سلم للمشتري ما يدعيه وورد الشرع به في حال
قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في
معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى من الفائدة ما
يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا فان
كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فتتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك
ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا
عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول
المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف
يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد
يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده
فهلاك البعض اولى ولابي يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة
ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها فلا تبقى
بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من
القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى
ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن
العقد فيتحالفان هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا
ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا
وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول
هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري
فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله ما بيناه في القائم
واذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي
المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف والصحيح ان
يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف

يحلف البايع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان
حلف يفسخان العقد في القايم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك
يوم القبض فالقول للبايع وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاماها فبينة البايع
اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب
وهلك الاخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على
قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البايع لان الثمن قد وجب باتفاقهما
ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبايع ينكره والقول للمنكر
وان اقاما البينة فبينة البايع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة
الهالك وهذا الفقه وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقدين وهما
يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها والبايع منكر حقيقة وفي البينات يعتبر الظاهر لان
الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبايع مدع ظاهرا فلهذا تقبل
بينته ايضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول
ابي يوسف قال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان
ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة
فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس
يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على
العين فيما اذا استهلكه غير المشتري ولو قبض البايع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة
وابي يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا قال ومن اسلم عشرة دراهم
في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة
في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان
راس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم
ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال واذا اختلف الزوجان
في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة تقبل
بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة لانها تثبت الزيادة
معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته وان لم تكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله
ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه
بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به

الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المراة او اكثر
قضي بما ادعت المراة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المراة
قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رضي الله عنه
ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط
اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد
تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح
وذكرنا خلاف ابي يوسف فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمراة تدعيه
على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون
لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة وان
اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل
او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة
قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف
في الاجرة بدئ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة بدئ بيمين المؤجر
وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت ولو اقاماها فبينة المؤجر اولى ان
كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستاجر وان كان فيهما قبلت
بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستاجر شهرين
بخمسة يقضى بشهرين بعشرة قال وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول
المستاجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما
وكذا على اصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان
عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد
وتبين انه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وان اختلفا
بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول
المستاجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كانه ابتداء العقد
عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال
واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ
الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى
يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه

والمولى بكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة ان البدل مقابل بفك الحجر في حق
اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة
فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح
للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية بشهادة الظاهر
لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى
لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بينما اذا كان الاختلاف
في حال قيام النكاح او بعدما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر
فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة
تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق
والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رحمه الله ما كان للرجال فهو للرجل وما
كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة والطلاق والموت
سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة
لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة
وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب
او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا
اذا قال آجرنيه واقام البينة لانه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة
لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا
مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي
وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بيناه
من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره
يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحول الدين من
ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلناه وان كان
معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه
اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال
الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه

ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه
ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رحمه الله للوجه الثاني وعند ابي حنيفة تندفع لانه
اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول
فلم يكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضرب
شهوده وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة وان قال ابتعته من
الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته
او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما
بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى
لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب
اليد اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وهو
استحسان وقال محمد تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم
فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه
لم يعينه درءا للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف
الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب
اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك لغيره
فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا
وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها **باب ما يدعيه الرجلان**

واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما
وقال الشافعي في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين
لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران او يصار
الى القرعة لانه عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت تحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة
ان رجلين اختصما الى رسول الله عليه السلام في ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى
بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة
في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان
فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما
في سبب الاستحقاق قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة واقاما بينة لم يقض بواحدة
من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك قال ويرجع الى تصديق المرأة

لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم توقت البينتان فاما اذا
وقتتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته
لتصادقهما وان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما
بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضي بها القاضي ثم ادعى الآخر واقام البينة على
مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل دونه الا ان
يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطاء في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة
في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال ولو ادعى اثنان
كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقاما بينة فكل واحد
منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضي يقضي
بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد من رجل واجاز
المالك البيعين ويخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك
الكل فيرده ويأخذ كل الثمن وان قضي به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان يأخذ
جميعه لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة ولولا بينة
صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل
ولم يفسخ سببه ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه
فيه احد فاندفع الآخر به ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت
ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا
تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق
شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر
وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق
الدلالة قال فان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما بينة
ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت
الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض
لما بينا والهبة والقبض والصدقة سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع
ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة
صحيح وكذا فيما يحتمل عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة
في الشائع قال وان ادعى احد الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما

في القوة فان كل واحد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف وقال
محمد الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج
على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه وان ادعى احدهما رهنا وقبضا
والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها
يثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة
غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اولى
من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى
لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب
التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر
منه قال ولو ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين
فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له وان اقام كل واحد منهما البينة على
الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير
كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما
نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما
اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما
تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر الهبة
والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضي بينهم ارباعا
لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق قال
وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه
لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء
ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته
لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف
لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت
احديهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج اولى وقال ابو يوسف وهو رواية
عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احديهما كان
صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث

وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث
والمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف الذي وقت اولى وقال
محمد الذي اطلق اولى لانه دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة
بعضهم على البعض ولابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق
يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن ولابي حنيفة ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم
فسقط اعتباره فصار كما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث
فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال وان اقام الخارج وصاحب اليد
كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد
فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى ابن ابان
انه تهاترت البينتان وتترك في يده لا على طريق القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك
من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتهما على النتاج في يد نفسه ولو
اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان
بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كان الدعوى بين
خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة
على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية
وكذا المقضى عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه
بمنزلة النص قال وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب
في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز
الصوف وان كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس
وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضي
للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل
قال وان اقام الخارج البينة على الملك وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب
اليد اولى لان الاول ان كان يدعي اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار
كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء
من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قال رضي الله عنه وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان
العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق

على ما مر ولا ينعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده وله ان الاقدام
على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا
ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء
له بمجرد السبب وانه لا يفيد ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص
عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص
مذهب محمد للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع
غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم
تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع
قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه
قبل القبض فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين
وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذو اليد
وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر قال وان اقام احد المدعيين شاهدين
والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح
لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف قال واذا كانت الدار في يد رجل ادعاها اثنان
احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف
ربعها عند ابي حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف
فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا
طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد
فيقسم اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناه في الزيادات
قال ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء
لانه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يده صاحبه لا يدعيه لان مدعاه
وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى
فيترك في يده قال واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا
تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال يشهد له فيترجح وان اشكل
ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة
الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد رحمه الله لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد
من كانت في يده قال واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر

بوديعة فهو بينهما لاستوائهما **فصل في التنازع بالايدي** قال واذا تنازعا في دابة
احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك
وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب اولى بخلاف ما اذا كانا راكبين
حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق
بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق
به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا واذا كان ثوب في يد رجل
وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق
واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ولو قال
انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر
عن نفسه فهو عبد للذي في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع
بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال
صغره واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه ولآخر عليه هرادي فهو لصاحب
الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر
صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما حمل وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال
مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر
لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط وقوله والهرادي ليس بشيء يدل انه لا اعتبار للهرادي
اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي
وليس للآخر شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما
ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة وللآخر
موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما
وقيل على قدر خشبتهما والقياس ان يكون بينهما نصفان لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة ووجه
الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون
الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة
في الاستحقاق عليه ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول اولى ويروى ان الثاني
اولى لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى وجه الثاني
ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم
يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني قال واذا كانت

دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد الآخر بيت فالبيت في بينهما نصفان لاستوائهما في
الاستعمال وهو المرور فيها قال واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده
لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهد لتعذر
احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت في يده
لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا فلا تستحق لاحدهما
من غير حجة وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال
فيها والله اعلم **باب دعوى النسب** واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه
البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن البائع وامه ام ولد له وفي القياس
وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا
ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه
منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت
الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن
لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده فدعوة البائع اولى
لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين
من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة
الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا
تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير
المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل
دعوة البائع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم يوجد
الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام الولد كما
في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك فان مات الولد فادعاه البائع
وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت
نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه
البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البائع لان الولد
هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال
ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية
وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة وقالا يرد حصة الولد

ولابرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده ومالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد
والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها قال وفي الجامع الصغير
واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد
وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري انما اعتق
الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر
وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام
فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فانه حر وامه
امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو
الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق
استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة
الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة
والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل
الاول يرد عليه بحصته من الثمن عندهما وعنده بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال
ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل
البيع لان البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله وكذلك اذا كاتب
الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه
العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر و
بخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع
لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه قال ومن ادعى نسب احد
التوأمين ثبت نسبهما منه لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر
وهذا لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا
لانه لا حبل اقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده
فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق
المشتري لانه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة
فيه ثبت حرية الاصل فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين
ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك
يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وهنا يثبت تبعا لحرية فيه حرية الاصل

فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض البيع
فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته قال واذا كان
الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد
ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف
اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد برد العبد فصار
كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض الا ترى انه يعمل فيه
الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع
ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا
من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه
كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما
لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل
بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو
صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ومسئلة الولاء
على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى
قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف
النسب على ما مر وهذه تصلح مخرجا على اصل ابي حنيفة فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك
فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره قال واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال
النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي
تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام
مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس
في وسعه اكتسابها ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو
اوفر النظرين قال واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة
ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا
بالحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين
الولد اما النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على
الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة وقد مر في الطلاق وان لم تكن منكوحة
ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان

كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه
فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما فزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه
ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما
ثم كل منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد
منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في
نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال ومن اشترى
جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور
فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور
حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق
ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما
في ولد المغصوبة فلهذا يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء
على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر
الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان
سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على
بايعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنها بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع
به على البايع

كتاب الاقرار

قال واذا اقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه اقراره
مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه
دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله عليه السلام ماعزا رضي الله عنه الرجم باقراره وتلك المرأة
باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح
اقراره مطلقا فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح
اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي
مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد
والدم لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من
البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي
مأذونا لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه
مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او يبقى عليه باقية
حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له

لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق
احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره
وذلك بالبيان فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب
في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال والقول قوله مع
يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان علي حق لما بينا
وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة
ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل فيه ويقبل قوله في القليل والكثير لان
كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا
ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من عشرة وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لم يصدق في
اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر
صاحبه غنيا به والغنى عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم
وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا
قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين
لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام
فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق
في اقل من عشرة وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب النصاب
مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع
يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه ولو قال
دراهم فهي ثلثة لانها اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن
المعتاد ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما
حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد
وعشرين لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون
فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير
واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع يزاد
عليها الف لان ذلك نظيره قال وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان على صيغة ايجاب
وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لان اللفظ
يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رضي الله عنه

وفي شرح المختصر في قوله قبلي اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق
لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعاً والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال عندي او معي
او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء
في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما ولو قال له رجل لي عليك الف فقال
اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهذا اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية
عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون
اقراراً لعدم انصرافه الى المذكور والتأجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب
ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقة
الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين قال ومن اقر بدين مؤجل فصدقه
المقر له في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالاً لانه اقر على نفسه بمال وادعى حقاً
لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه
صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة قال ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقاً عليه
واليمين على المنكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب
واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي لان المائة مبهمة
والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل
الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدراهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب
العددين فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب لكثرة اسبابه وذلك في الدراهم
والدنانير والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة
وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب لانه ذكر عددين
مبهمين واعقبهما تفسيراً اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة
الى التفسير فكان كلها ثياباً قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل
بقوله غصبت تمراً في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف
لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا
قال غصبت تمراً من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقراراً بغصب المنزوع قال ومن اقر بدابة
في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعلى قياس قول محمد يضمنهما ومثله الطعام في البيت قال ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص
لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل

ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفاً وان قال غصبت ثوباً في منديل
لزماه جميعاً لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو قال علي ثوب في ثوب لانه ظرف
بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب
لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد يلزمه احد عشر ثوباً لان النفيس من الثياب
قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف رحمه الله ان حرف في يستعمل
في البين والوسط ايضاً قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك والاصل
براءة الذمم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملاً
ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال
وقال الحسن يلزمه عشرة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه
عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة
عند ابي حنيفة رحمه الله فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل
الغايتان وقال زفر رحمه الله يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا
الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل في الطلاق **فصل** ومن
قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح
لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائماً وقت الاقرار
لزمه فان جاءت به ميتاً فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما
وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال
المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلاً قال وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف
وقال محمد يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف
ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد
المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به قال ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره
ولزمه لان له وجهاً صحيحاً وهو الوصية من جهة غيره فحمل عليه قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط
لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط
الباطل **باب الاستثناء وما في معناه** قال ومن استثنى متصلاً باقراره صح
الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء
استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل
بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعاً وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم

الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد لا يصح
فيهما وقال الشافعي يصح فيهما لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق
في خلاف الجنس وللشافعي انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة
من حيث الثمنية اما الدينار فظاهر والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا
ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا يصلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى
من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا فلا يصح قال
ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله
اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار
لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا
قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى
بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا قال ومن
اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى
لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء
في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها
لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة
عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف
ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء
كالاقرار بالدار ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه
قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال رضي الله عنه هذا على
وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما
كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير
هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف
السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم
المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك
غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع
والآخر ينكر فاذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه

الالف

الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب
المال رجوعا الى كلمة علي وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة
مقارنة كانت او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاف بامثاله توجب هلاك
المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف
ومحمد ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك
من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال
عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتاكد الوجوب الا
بالقبض والمقر ينكره فيكون القول له وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا
لان صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير
يصح موصولا لا مفصولا ولو قال ابتعت منه عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع
لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن قال وكذا لو قال من ثمن خمر
او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل
تفسيره عند ابي حنيفة وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول
كلامه للوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب
وصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي الف
من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد
لزمه الجياد في قول ابي حنيفة وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق
وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى
هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل
كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا
ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها
وزن خمسة ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب
والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتكه معيبا
وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان
والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار
بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا
قال علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها رديئة لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي

وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف
درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الاختلاف في الصحيح ووجه القياس
ما بيناه في الوديعة ووجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة ضرورية تثبت ضرورة
استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد
مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به
اعترافا باليد للمودع ووجه آخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من
جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت
وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على
ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاه لانه ذكر الاخذ
في وضع الطرف الآخر في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان
الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول
قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء
فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا
المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض
او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر بل ذلك
كله لي في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته
باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر
وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا
باليد ويكون القول للمقر لما انه يفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في حال مرضه
باسباب معلومة فدين الصحة والديون المعروفة الاسباب مقدم وقال الشافعي دين المرض
ودين الصحة يستويان لاستواء سببيهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب
الذمة القابلة للحقوق وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار لا يعتبر
دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا
المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج
الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية
لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه

السلامة عنها وعن ابي حنيفة رضي الله عنه في غير رواية الاصول انه يصدق في الزيوف اذا
وصل لان القرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل
بالجياد فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض
قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف
الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني
ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع
ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا لو جاء
راد المغصوب والوديعة كان القول له وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا
بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة او رصاص بعدما اقر بالغصب
والوديعة ان وصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن
الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال في هذا كله الفا ثم قال
الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا
بخلاف الزيافة لانه وصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا
ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه ومن اقر بغصب
ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لآخر اخذت منك
الف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة
فقال غصبتنيها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما
يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذاك
يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع
كالاعطاء فان قال قائل اعطاؤه والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية
والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان
وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر
وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هناك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان
وهو القرض والآخر ينكر فافترقا فان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها
منه فقال فلان هي لي فانه ياخذها لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول
للمنكر وان قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او قال آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده
فالقول قوله وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله القول الذي اخذ منه الدابة والثوب

حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض
لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة حجر فافترقا وانما تقدم المعروفة بالاسباب لانه
لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه
بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر
لما بينا ولو اقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز
للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين
وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن
ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة قال واذا قضيت يعني الديون المقدمة وفضل
شيء يصرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق
غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهر صحته قال وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز
اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه
اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية
وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين قال ولو اقر
المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية الورثة وقال الشافعي في احد قوليه يصح
لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة
مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق
حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال
حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق
لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة معه في الصحة لانه لو حجر عن الاقرار بالمرض يمتنع
الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر
لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره قال وان
اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه
عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلثي الباقي لانه الثلث بعد الدين
ثم وثم حتى يأتي على الكل قال ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان
اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت
العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج
فبقي اقراره لاجنبية قال ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين

ومن ميراثها لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للورثة فلعله اقدم على
هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت

فصل

ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه
وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا
يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه
لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض
لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث
المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه
اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج وبالمولى لما
بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها
الزوج لان الحق له او تشهد بولادته قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق
وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب
بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح
تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح لان النكاح انقطع
بالموت ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد
الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم
لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او
بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وان لم
يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث
الا يرى ان له ان يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه لما فيه من حمل النسب على الغير
وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال
ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له
ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لاحد كان
لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار قال ومن مات ابوه فاقر باخ لم
يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه في الارث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير
ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق
لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق قال ومن مات وترك ابنين

وله على آخر مائة درهم فاقرّ احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقرّ وللآخر خمسون
لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذّبه اخوه استغرق
الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما
لكن المقرّ لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقرّ فيؤدي الى الدور

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان
لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله
عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرّم حلالا وقال الشافعي
لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع
حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة
ولنا ما تلونا واول ما روينا وتأويل آخره احلّ حراما لعينه كالخمر او حرّم حلالا لعينه كالصلح
على ان لا يطأ الضرّة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعي يأخذه
عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع
ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز قال فان وقع الصلح عن
اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال
بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت
فيه خيار الرؤية والشرط ويفسده جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة
المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل وان وقع على مال بمنافع يعتبر
بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها
فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة والصلح عن السكوت
والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا
ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا
في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك
قال واذا صالح عن دار لم تجب فيها الشفعة معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه يأخذها
على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار
حيث تجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه
فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه قال واذا كان الصلح عن اقرار واستحق
بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم

الاستحقاق

الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي
بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه فاذا
ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده
وان استحق بعض ذلك ردّ حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض
ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته
وان كان الصلح عن انكار رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل
هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع
اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم
فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين قال وان ادعى حقا في دار لم يبينه فصولح
من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف
ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها
لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد امرين اما ان
يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

فصل

والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر والمنافع لانها تملك
بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به
احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن قال ويصح عن جناية العمد والخطاء اما الاول فلقوله تعالى
فمن عفي له من اخيه شيء الآية قال ابن عباس رضي الله عنه انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح
حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد
التسمية ههنا يصار الى الدية لانه موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق
العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت عنه حكما و
يدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونه وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على
مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح
الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس
بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير ان في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف
في موضعه واما الثاني وهو جناية الخطاء فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح
الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص
حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا

صالح على احد مقادير الدية فاما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض
في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر
منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان
تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا تجوز الزيادة على ما تعين
قال ولا يجوز من دعوى حد لانه حق الله تعالى لا حقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا
يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح
عما اشرعه الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل
في اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال واذا ادعى رجل على امرأة
نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن
تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له
ان يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال وان ادعت امرأة نكاحا
على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز قال رحمه الله هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها
لم يجز وجه الاول انه يجعل زيادة في مهرها وجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان
جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال
على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح قال وان ادعى على رجل
انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال
لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي
حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانكار
العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال واذا قتل العبد المأذون له رجلا
عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه جاز وجه الفرق
ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى
وصار كالاجنبي اما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهذا لانه
المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه قال ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون
المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب هو القيمة
وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة
لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين

فلا تظهر الزيادة ولابي حنيفة ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك اخذ القيمة
يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة
بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء
لان الحق قد انتقل الى القيمة قال واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر
فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما
بينا والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون
دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها ولان
اخذ المال يصلح اعتياضا واستيفاء في الفصلين الا انه ترجحت جهة الاعتياض في الاول
نظرا الى طلب الزيادة وترجحت جهة الاستيفاء في الثاني لانه لازم ولهذا لو امتنع
يجبر على القبول ولا كذلك في الفصل الاول وان صالحه على عروض جاز لما بينا انه
لا يظهر الفضل والله اعلم

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلا بالصلح
عنه فصالح لا يلزم الوكيل ما صالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل وتاويل هذه المسئلة
اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان
الوكيل فيه سفيرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ هو مؤاخذ
بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق
الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل قال وان صالح رجل عنه بغير امره
فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي
حقها المدعى عليه والاجنبي سواء فصح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل
ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا
المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بينما
اذا كان مقرا او منكرا وكذلك ان قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه
تسليمها لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذا لو قال على الف وسلمها
لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده ولو قال صالحتك على
الف فالعقد موقوف فان اجاز المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل
في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يجعل اصيلا بواسطة
اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال
رضي الله عنه ووجه آخر وهو ان يقول صالحتك على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه

جاز لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا
فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه
فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة
وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق
الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا سلم رجع عليه ببدله

باب الصلح في الدين

وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه
استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له
على آخر الف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكانه ابرأه عن بعض حقه وهذا لان
تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا
للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح على الف مؤجلة جاز
وكانه اجل نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه
على التاخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن
حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نساء لا يجوز فلم يصح الصلح
ولو كانت له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير
مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام فان كان له
الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا
فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح عن الالف
البيض على خمسمائة سود لانه اسقاط كله قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين
وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان
عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه امكن ان
يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد
او لان معنى الاسقاط فيه الزم مال ومن له على آخر الف درهم فقال اد الي غدا منها خمسمائة
على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا يرى انه جعل
اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه
مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدأ بالابراء
ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح

غرضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة
للشرط لوجود معنى المقابلة فيها فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه او لانه
متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداية
بالابراء ان شاء الله تعالى قال رضي الله عنه وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكرناه والثاني
اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الي غدا وانت بريء من الفضل على انك
ان لم تدفعها غدا فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح
التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك عن خمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء
اولا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده
بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه
لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق
بالشك فافترقا والرابع اذا قال اد الي خمسمائة على انك بريء من الفضل ولم يوقت
للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت
للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد بل
يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس
اذا قال ان اديت الي خمسمائة او قال اذا اديت او متى اديت فالجواب فيه انه
لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيه من معنى
التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال
ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره
لامكان اقامة البينة او التحليف ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية
يؤخذ به

فصل في الدين المشترك

واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما
من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء
اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين والاصل في هذا ان الدين المشترك بين
اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض
اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة
الولد والثمرة وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين
غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ فيه تصرفه ويضمن لشريكه حصته
والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة و

المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك اذا عرفنا هذا نقول في مسئلة الكتاب
ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق
المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه
ربع الدين لان حقه في ذلك قال ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه
فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى
الباقي على الشركة قال ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان
يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة
بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به
فيتخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء
بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه
في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه
فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في
ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين كان له عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك
لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابراه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو
ابراه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند
ابي يوسف اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل
القبض ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض
والاستيجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف والتزوج
به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال واذا كان السلم بين شريكين
فصالح احدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمه الله
يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه
لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة
الآخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا
ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح
على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا رأس المال فان لم يكونا
قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق والله اعلم

فصل في التخارج واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه

والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر
عثمان رضي الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع
ثمنها على ثمانين الف دينار قال واذا كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه
فضة فهو كذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف
غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب
عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح
وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة فلا بد ان يكون
ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة
احترازا عن الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا
القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة دراهم ودنانير
وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع
لكن يشترط التقابض للصرف قال واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على
ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه
وهو حصة المصالح وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح
جائز لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى
ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح
مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن
في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا
وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل
لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين بخلاف الصلح عن الديون والحقوق المجهولة لانه اسقاط
والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان
على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يملكها الوارث وان لم يكن
مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه فيقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر
الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي بها لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة
اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه
فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني

والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ثم المدفوع الى المضارب
امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه
بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله واذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب
العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال المضاربة عقد
على الشركة بمال من احد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل
من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا يرى انه لو شرط الربح كله لرب المال كان بضاعة
ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم
بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة
من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به
مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة
لان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن
يقع الملك في المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما
مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما
في عقد الشركة قال فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر
فتنقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال
لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند
ابي يوسف خلافا لمحمد كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير
يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد وعن ابي يوسف انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها
فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين
مستاجرة وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة
لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب
ولا يد لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في
من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل
في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد
للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان
المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب
وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له

وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن
من اهل المضاربة فيه كالماذون بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير
مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب
ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح
ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم
وكذا الابضاع والايداع والمسافرة الا يرى ان المودع له ان يسافر فالمضارب اولى كيف
وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف رحمه الله
انه ليس له ان يسافر وعنه عن ابي حنيفة انه ان دفع في بلده ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك
من غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب والظاهر
ما ذكره في الكتاب قال ولا يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك
لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق
اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برايك بخلاف
الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه بخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل
برايك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة
والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة من
صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال وان خص له رب المال
التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل وفي التخصيص
فائدة فيتخصص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك
الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره قال فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان
ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها
برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه
في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى
في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها هاهنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب
المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي
عينه اما الضمان وجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا
بخلاف ما اذا قال على ان يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين
اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل

في غير السوق لانه صح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل كذا او في مكان
كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له او قال فاعمل به بالكوفة لان
الفاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال
واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة
ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة
بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان تشتري به من الصيارفة
وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقييد
بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك وكذلك ان وقت
للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد
وانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال وليس للمضارب ان يشتري من
يعتق على رب المال بقرابة او غيرها لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة
بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء
الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال
ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ
عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف قال فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه
لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع
التصرف فلا يحصل المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه
فيضمن بالنقد من مال المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز له ان يشتريهم لانه لا مانع
من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض
قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا
شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست ماليته
عنده ويسعى فيه كما في الوراثة قال فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها
الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر
فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه ذلك ان الدعوة
صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل
واحد منهما اعني الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل عين منها يساوي
رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الان ظهر الربح فنفذت الدعوة بخلاف ما اذا

اعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك
بحدوث الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه
واذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة
الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق
فلا بد من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعي الغلام لانه احتبست ماليته عنده وله ان يعتق لان
المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رحمه الله ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق
برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف
له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء
ظهر ان الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح
وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة فصارت الجارية ام ولد له
ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح
ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر باب المضارب
يضارب قال واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم ياذن له رب المال لم يضمن بالدفع
ولا بتصرف المضارب حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية الحسن
عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح وهو ظاهر الرواية
وقال زفر يضمن بالدفع عمل او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف لان المملوك له الدفع على وجه الايداع
وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل
وكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما
المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا
اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه
وله اجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي ان لا يضمن
الثاني عند ابي حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار
ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده
ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون
ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت
المضاربة لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار
كما اذا دفع مال نفسه فان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه

مغرور من جهته في ضمن العقد ويصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لأن قرار الضمان
على الأول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للأعلى لأن الأسفل
يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى
عن نوع خبث قال فإن دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه
إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فإن كان رب المال قال له على أن
ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب
الأول السدس لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك ورب
المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف تصرفه
إلى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس ويطيب
لهما ذلك لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر
غيره عليه بنصف درهم وإن كان قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان
فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول ورب المال نصفان لأنه
فوض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما
بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان قال له فما ربحت من شيء
فبيني وبينك نصفين وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الأول
ورب المال لأن الأول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه وقد
جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما ولو كان
قال له على أن ما رزق الله فلي نصفه أو قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفين وقد دفع
إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء
للمضارب الأول لأنه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف
للثاني إلى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط
ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيط بمثله وإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب
المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الأول للثاني سدس
الربح في ماله لأنه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال
لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة
فيلزمه الوفاء به ولأنه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير
المستأجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف فصل وإذا شرط

المضارب

المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح
فهو جائز لأن للعبد يدا معتبرة خصوصا إذا كان مأذونا له واشتراط العمل إذن له ولهذا
لا يكون للمولى أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون
وإذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم على ما مر وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب
بالشرط والثلثان للمولى لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فهو
للغرماء هذا إذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط
العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط العمل على المالك وإن كان على العبد
دين صح عند أبي حنيفة لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف فصل في العزل والقسمة
قال وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل
الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وإن ارتد رب المال عن الإسلام
والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لأن اللحوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله
بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة لأنه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه
ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لأن له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك
رب المال فبقيت المضاربة قال فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع
فتصرفه جائز لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وإن علم بعزله والمال
عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لأن حقه قد ثبت في الربح وإنما يظهر بالقسمة
وهي تبتنى على رأس المال وإنما ينض بالبيع قال ثم لا يجوز أن يشتري بثمنها شيئا آخر لأن العزل
إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل فإن عزله ورأس
المال دراهم أو دنانير قد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها لأنه ليس في إعمال عزله إبطال حقه في الربح
فلا ضرورة قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال وإن لم يكن بأن كان
دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لأن الربح لا يظهر
إلا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها قال
وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لأنه بمنزلة
الأجير والربح كالأجر له وإن لم يكن ربح لم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على
إيفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لأن حقوق العقد إلى العاقد فلا بد
من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه قال في الجامع الصغير يقال له أحل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى
هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بأجرة عادة قال وما هلك

من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع
أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكوة فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب
لأنه أمين وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله ترادا الربح
حتى يستوفي رب المال رأس المال لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الأصل
وهذا بناء عليه وتبع له فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن
المضارب ما استوفاه لأنه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله وإذا استوفى
رأس المال فإن فضل شيء كان بينهما لأنه ربح وإن نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا ولو
اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الأول لأن المضاربة الأولى
قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثانية لا يوجب انتقاض الأول كما إذا
دفع إليه مالا آخر **فصل فيما يفعله المضارب** قال ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد
والنسيئة لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق العقد إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار
إليه لأن له الأمر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له
سفينة للركوب وله أن يكتريها اعتبار العادة التجار وله أن يأذن لعبد المضاربة في
في الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع أما
عندهما فلأن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى إلا أن المضارب لا يضمن لأنه له أن يقايل
ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لأنه لا يملك ذلك وأما عند أبي يوسف فلأنه يملك الإقالة
ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة ولو احتال بالثمن على الأيسر أو على الأعسر
جاز لأن الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر لأن تصرفه
مقيد بشرط النظر والأصل أن ما يفعله ثلاثة أنواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون
من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه والرهن والارتهان
لأنه إيفاء واستيفاء والإجارة والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة على ما ذكرنا من
قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق به عند وجود
الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره وخلط مال المضاربة بماله أو بمال
غيره لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت
مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل
برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه
رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشتري بالدراهم والدنانير بعدما اشترى برأس المال السلعة

وما أشبه

وما أشبه ذلك لأنه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل ذمته
بالدين ولو أذن له رب المال في الاستدانة صار المشترى بينهما شركة الوجوه وأخذ السفتجة
لأنه نوع من الاستدانة وكذا إعطاؤها لأنه إقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لأنه ليس
بتجارة والإقراض والهبة والصدقة لأنه تبرع محض قال ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال
المضاربة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب ألا ترى أنه يستفيد به
المهر وسقوط النفقة ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة
والإعتاق على مال فإنه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة كذا هذا قال
فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة
وقال زفر رحمه الله تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا
ولهذا لا يصح إذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا أن التخلية قد تمت وصار التصرف فيه حقا للمضارب
فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والإبضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف
ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال
وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع وإذا لم تصح بقي عمل رب المال
بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الأولى قال وإذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في
المال وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه شراء وكراء في المال ووجه الفرق أن
النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى
الأصلي وإذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل
لا محالة فلا يتضرر بالإنفاق من ماله أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد فلو أنفق من
ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لأنه أجير وبخلاف البضاعة لأنه متبرع قال فلو بقي شيء
في يده بعدما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر فإن كان
بحيث يغدو ويروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وإن كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته
في مال المضاربة لأن خروجه للمضاربة والنفقة هي ما تصرف إلى الحاجة وهي ما ذكرنا ومن ذلك غسل
ثيابه وأجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج إليه عادة كالحجاز وإنما يطلق
في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار قال
أما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يدخل في النفقة لأنه لإصلاح بدنه
ولا يتمكن من التجارة إلا به فصار كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع
وإلى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها قال وإذا ربح

اذ رب المال ما انفق من رأس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان
ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول
يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال فان كان معه الف فاشترى بها
ثيابا او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال
فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن لانه عين مال
قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة
والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا
صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برايك انتظامه الخلطة فلا يضمنه فصل فان كان معه
الف بالنصف فاشترى بها بزا وباعه بالفين واشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا
يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة ارباعه
على المضاربة قال رحمه الله هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد
الا ان له الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه انه
لما نض المال ظهر الربح وله منه خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة
ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه
وله الرجوع بثلاثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع
من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة ارباع العبد
على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون رأس المال الفين وخمسمائة لانه دفع
مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لانه اشتراه بالفين ويظهر
ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة الاف فحصة المضاربة ثلاثة الاف يرفع رأس المال
ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال فان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه
اياه بالف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة
وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن
شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال
بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب
رب المال وقد مر في البيوع قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته
الفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب
لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار

المال

المال عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والف لرب المال برأس ماله لان قيمته الفان
واذا فدياه خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب لما بيناه ونصيب رب المال لقضاء
القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف
ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد
كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة
يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة ايام بخلاف ما تقدم قال فان كان معه الف فاشترى
بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع لان المال امانة
في يده والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف
الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن
جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في
هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له
حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده
وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء
على ما مر فصل في الاختلاف قال فان كان مع المضارب الفان فقال دفعت الي
الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة
يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر
والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض
وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك
في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما
اقام البينة على ما ادعى من الفضل قبلت لان البينات للاثبات ومن كان معه الف درهم فقال
هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال
لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب
اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب
لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول
قول المضارب والبينة بينة رب المال لانهما اتفقا على ان القبض كان باذن رب المال الا انه يدعي
على المضارب ضمانا وهو ينكر والمضارب وان كان يدعي تملك جزء منه لكن المالك يسالمه في الملك
ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب

لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص
ولو ادعى كل واحد نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من
جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت
البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول والله اعلم

كتاب الوديعة

قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام
ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع
فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم قال وللمودع ان يحفظها بنفسه
وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه
ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه
فكان المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد
غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع
في حرز غيره ايداع الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال الا ان يقع في داره حريق
فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة يخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا
للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة
مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع قال فان طلبها صاحبها
فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه
بعده فيضمنه بحبسه عنه قال وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع
عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض
بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه
صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك
من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة
فلا يصلح موجبة لها ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا حق له الا في الدين
وقد سقط وعندهما بالابراء يسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل
بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك
صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح
لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند ابي حنيفة رحمه الله
ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف رحمه الله يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا

للغالب اجزاء وعند محمد رحمه الله شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع
ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة قال وان اختلطت بماله من
غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيس فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه
فيشتركان وهذا بالاتفاق قال فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه
خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم قال واذا تعدى المودع بالوديعة
بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها غيره ثم زال التعدي
فردها الى يده زال الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ عن الضمان
الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه
فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استاجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ
في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك قال فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه
بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف
لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع
يتفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا
يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو
جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لزفر لان الجحود عند غيره من باب الحفظ
لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف
ما اذا كان بحضرته قال وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة وقالا ليس له ذلك
اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رحمه الله اطلاق الامر
والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه
يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف
وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره
فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف
الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المودع ان يخرج
بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع
رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا فغاب اثنان فليس للحاضر
ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر

لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان ياخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولابي حنيفة رحمه الله انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها قوله له ان ياخذه قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كان له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه قال وان اودع رجل رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضاء المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وامكنهما المهايأة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال قال واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه المودع ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو ان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين تتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان ياخذ الآخر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الآخر

رجع على الاول لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك واما الثاني فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره قال ومن كان في يده الف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف لهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل اعني للثاني يقضى له لوجود الحجة فان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضى بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الفا اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه فلو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لانه يتقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف نفذ قضاؤه للاول ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال ينبغي ان يحلفه عند محمد خلافا لابي يوسف بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد خلافا له وهذه من فروع تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الاطناب

كتاب العارية

العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي رحمه الله يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك

وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية
من العرية وهي العطية ولهذا ينعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان
والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع
الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة
وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك يثبت
بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يحصل المنافع
على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى قال وتصح بقوله
اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك
على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة تحمل على تمليك
المنافع تجوزا قال واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكنى لان معناه
سكناها لك وداري لك عمرى سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا
لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال وللمعير ان يرجع في العارية متى
شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على
حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال والعارية
امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق
فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار
كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير
عوض ولا اباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع
فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على
المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له
حكم العقد على ما عرف في موضعه قال وليس للمستعير ان يؤاجر ما استعاره فان آجره فعطب
ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما
لانه يكون بتسليط من المستعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد
الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم يبق والعارية كان
غاصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير
لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على المؤجر اذا لم يعلم
انه عارية في يده دفعا للضرر الغرور بخلاف ما اذا علم قال وله ان يعيره لانه اباحة المنافع

اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي ليس له ان يعيره

على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة
وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة هنا ونحن نقول هو تمليك
المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة
فيجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد
الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال العبد الضعيف رحمه الله وهذا اذا
صدرت الاعارة مطلقة وهو على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع
وللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان تكون
مقيدة فيهما وليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك
او خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق
الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان
يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب بنفسه ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا
لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو
اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعل ضمنه لانه تعين للاركاب قال وعارية الدراهم والدنانير
والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا
باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما
فيثبت او لان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا
اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعير بها ميزانا او يزين بها دكانا
لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها او سيفا
محلى يتقلده قال واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه
قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا
بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت
العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق
منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه
من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له
والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري انه يضمن
رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه
قيمتها فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض

لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه
حتى يحصد الزرع وقّت او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس
لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال واجرة رد العارية على المستعير
لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فيكون عليه واجرة رد
العين المستاجرة على المؤجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة
قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب
لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه قال واذا
استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه
ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى
دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط قال وان استعار
عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب او الوديعة الى دار المالك
ولم يسلمه اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة
لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه
بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم
ما ذكرنا من العرف فيه قال ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير
ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف
الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك
يرضى به الا يرى انه لو ردها اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب
وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا وان ردها
مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشائخ
وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واوّلوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة
قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة وقالا يكتب انك اعرتني
لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة
الاطعام ادل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت
الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول
والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض
لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا
الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز
بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به
وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على
المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الورثة متاخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضها الموهوب له
في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب
في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه
قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه
يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا
على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول
والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة
لا تعمل في مقابلة الصريح قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول
صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال النبي عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث
يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى وكذا تنعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت
هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول
فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه
الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث
فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار
لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة
يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب
يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه
ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى
او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكمة في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين
فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية
او عارية هبة لما قدمنا ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه
على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة
وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي رحمه الله تجوز في الوجهين لانه تمليك فيصح

في المشاع كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا
لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع
لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو
مؤنة القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو
الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة
لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف
والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة
والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا
بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على
نفس الشيوع قال ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز
لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع قال ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة
فاسدة فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه
الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف
ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع
والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع
القبض كالشائع قال واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها
قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع
مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه واذا وهب الاب
لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق
بينما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا
او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا
وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله وان وهب له
اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك
النافع واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان
لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية
فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا
كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي آخر ان ينتزعه من يده

فيملك

فيملك ما يتمحض نفعا في حقه قال وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا
لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف
لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام
وكل من يعوله غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان
تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال واذا وهب اثنان من
واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من
اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد
فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد
ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون
التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت
لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير
اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين
او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية
ثابتة لان كل واحد تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى
فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق
على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد فلا شيوع والهبة يراد بها
وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو
وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف فيه روايتان
فابو حنيفة مر على اصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف ان التنصيص على الابعاض يظهر ان
قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص
على الابعاض

باب الرجوع في الهبة

قال واذا وهب هبة لاجنبي فله
الرجوع فيها وقال الشافعي رحمه الله لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا
الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف
هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام الواهب احق
بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت ولاية
الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد

فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون
وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا
من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ
فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان
الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا قال واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها
مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير
عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال واذا وهب بشرط العوض
اعتبر التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح العقد وصار
في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر رحمه الله
والشافعي رحمه الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود
للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن
عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تاخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد
والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع العبد منه لانه
لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه **فصل** ومن وهب جارية الا حملها
صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في
الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط
الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة
بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم
يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه
فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء
هو مشغول بملك المالك فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او
وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة
جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة
لا تبطل بها الا ترى ان النبي عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا
وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال ومن له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد
فهي لك او انت منها بريء او قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه او انت بريء من
النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه الدين

فانه يملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة
فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال
الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها
دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال او يموت احد
المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته
واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه قال او تخرج الهبة عن ملك الموهوب له
لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه قال فان وهب لآخر
ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او آريا وكان ذلك زيادة
فيها فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها
اشارة الى ان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد يكون الارض عظيمة يعد
ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال وان باع نصفها غير مقسوم
رجع في الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له ان
يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى قال وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا
رجوع فيها لقوله عليه السلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود صلة
الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة
وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو ابانها
بعد ما وهب فلا رجوع قال واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا
عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي
معنى واحدا وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان
العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف
العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان
يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا انه يصلح عوضا
للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه في
الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم له فله ان يرده قال فان وهب دارا فعوضه من نصفها
رجع في النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف قال ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما
او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد
من الفصل بالرضاء او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه

ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط لا يجوز في التمليكات ويجوز بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال والعمرى جائزة للمعمر حال حياته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه ان يجعل داره له عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما ان النبي عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم يصح يكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

فصل في الصدقة

قال والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قال ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب تصدق بمثل ما امسك وقد ذكرنا من قبل والله اعلم

كتاب الاجارة

الاجارة عقد يرد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة عبارة عن بيع المنافع والقياس يأبى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد من بيان العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في الاجير الوحد فلا بد من بيان الوقت قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق الاجرة

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الاخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استاجر دارا فللموجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق في العقد لانه بمنزلة التاجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رحمه الله لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق

الى ان لا ينتفع بغيره فيتضرر به فقدرناه بما ذكرنا **قال** ولبس للخياط والقصار ان يطالب بالاجرة
حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت
المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا **قال** الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه
لازم ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور
لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم
فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد
منه الجناية قال العبد الضعيف رحمه الله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه امانة في يده وعندهما
يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز
واعطاه الاجر ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف ومن
استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر اذا اقامه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يستحقها
حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن الفساد قبله فصار كالاخراج من التنور ولان الاجير
هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان العمل قد تم بالاقامة
والتشريج عمل زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل
الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج **قال** وكل صانع لعمله اثر
في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه
وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع فلا ضمان عليه
عند ابي حنيفة رحمه الله لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود
عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده
لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبين من
بعد ان شاء الله تعالى **قال** وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح
لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب
نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان
على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا
الثلاثة وقال زفر رحمه الله ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط
حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم
يسقط الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع **قال** واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه
فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه

وان اطلق

وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه و
بالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين **فصل** ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة
فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض
المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين وان استاجره ليذهب بكتابه
الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وابي يوسف وقال محمد رحمه الله له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة
وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه
نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به وقد
نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة وان ترك الكتاب في ذلك
المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجره ليذهب بطعام
الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم
المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد رحمه الله لان المعقود عليه
هناك قطع المسافة لما مر **باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها** **قال** ويجوز استيجار
الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف
اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا
ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة **قال** ويجوز استيجار
الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة
تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه
ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر
وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها
وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء
لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة **قال** ويجوز ان يستاجر الساحة
ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة
الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما ففي ابقائهما اضرار
بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك
لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين **قال** الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة
ذلك مقلوعا ويتملكه وهذا برضا صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ

يتملكها بغير رضاه قال او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه قال وفي الجامع الصغير اذا انقضت الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر قال ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة معهودة فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطبت كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا قال وان سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح لانعدام الرضا فيه وان استاجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهرها قال وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها تقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق وان استاجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية وقيل تاويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى اما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا يكون

بمنزلة

بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا اصح ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول يتناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة فان كان لا يسرج بمثله ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا اولى وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت من جنسه ولابي حنيفة ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الاخر فكان مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط الحنطة وان استاجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فانه تقييد مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة قال وان حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب الارض على ما قررنا ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاء من حيث الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لقصوره جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم

المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما مر بنبينه في بابه ان شاء الله تعالى
ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح
انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا
فانه يخير كذا ههنا **باب الاجارة الفاسدة** **قال** الاجارة تفسدها الشروط
كما تفسد البيع لانها بمنزلته الا يرى انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة
اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي رحمهما الله بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان
ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها
لان الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد
فقد اسقطا الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف
بيع العين لان العين متقومة في نفسها وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه
والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية
الشهور الا ان يسمي جملة شهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له
ينصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم
كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى جملة شهور معلومة
جاز لان المدة صارت معلومة **قال** فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم
يكن للمؤجر ان يخرجه الى ان ينقضي الاجل وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد
بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه
بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر و
يومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج **قال** وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان
لم يسم قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد
فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من
الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين
بخلاف الصوم لان الليالي ليس بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها
بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة وهو رواية
عن ابي يوسف وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام
يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتدى الثاني
بالايام ضرورة فهكذا الى اخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق **قال** ويجوز

اخذ

اخذ اجرة الحمام والحجام واما الحمام فلتعارف الناس فلم تعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال
عليه السلام ما راه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روى انه عليه السلام
احتجم واعطى الحجام الاجر ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا **قال** ولا يجوز
اخذ اجر عسب التيس وهو ان يواجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام ان من السحت
عسب التيس والمراد اخذ الاجر عليه **قال** ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن
والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي
يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله
عليه السلام اقرؤا القرآن ولا تاكلوا به وفي اخر ما عهد رسول الله عم عثمان بن ابي العاص
وان اتخذت مؤذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت على العامل
ولهذا يعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا
يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض
مشايخنا رحمهم الله استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور
الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى **قال** ولا يجوز الاستيجار على الغناء
والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد **قال**
ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته
ان يواجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة
ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا اجر من شريكه او من
رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة رحمه الله انه اجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان
تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعها تمكينا وهو الفعل الذي
يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما يستحق
حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط جواز العقد
وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا اما اذا اجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا
شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع
الطاري لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء بخلاف ما اذا اجر من رجلين
لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طاري **قال** ويجوز استيجار
الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن ولان التعامل به
كان جاريا في عهد رسول الله عليه السلام وقبله واقرهم ثم قيل ان العقد يقع على المنافع

قيل

وهي خدمتها الصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تأجيله لان اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطي حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه من غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك على الظئر اما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد رحمه الله ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع فانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل قال ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه النبي عليه السلام وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره

لحمل

لحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الاجر لان المستاجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل فيصير مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لانه ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فيرتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق قال ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا يتأتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يقتضيه العقد فذكره لا يوجب الفساد فان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد ولان مواجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه تبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل ان يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلث سنين لا تبقى منفعته وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل قال وان استاجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رحمه الله هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة واليه اشار محمد رحمه الله ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي رحمه الله

المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شايعا جايز وصار كما اذا استاجر
دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب
ولنا انه استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشايع بخلاف البيع
لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريكه
فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه
هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه
انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع ومن استاجر ارضا
ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر للزراعة
ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه
معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر
لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد
فينقلب جايزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول
قبل مضيه والخيار الزايد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه
فحمل ما يحمل الناس عليه فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستاجرة امانة في
يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على
ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع
نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قايم بعد

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل
كالصباغ والقصار لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة
لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا قال والمتاع امانة في يده
ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شيء غالب
كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان
الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز
عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن
الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة
لان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه
لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا

ولهذا

ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله
الاجر قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي
يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه وقال زفر والشافعي رحمهما الله
لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد
ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح
لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن
ماذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع
وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف اجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله
وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال الا انه لا يضمن به بني آدم ممن
غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان
الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود
لا تتحمله العاقلة قال واذا استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق وانكسر
فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي
انكسر واعطاه اجره بحسابه اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل
فكل ذلك من صنيعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع
تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا
وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر
ما استوفى وفي الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا قال واذا فصد الفصاد او بزغ
البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير
بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا بامر مولاه فمات لا ضمان عليه وفي كل
واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتني على قوة
الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب
ونحوه مما قدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد
قال والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر
شهرا للخدمة او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة
صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل
قال ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان

العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك
نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس واجير الوحد لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة
غالبا فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر فاذا
امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه
فلهذا لا يضمنه

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي عمل من هذين العملين
عمل استحق الاجر به وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران
فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه
الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال آجرتك هذه الدابة
الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلثة اشياء وان خيره بين
اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار
في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه
معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات
الخيار له ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم
فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع
الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى
الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته
بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم
تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان
ولان التعجيل والتاخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة ان ذكر الغد
للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت
والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى و
يفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني
وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى
لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان
فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم
يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى ولو قال ان سكنت في
هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين جاز واي الامرين فعل استحق
المسمى فيه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الاجارة فاسدة وكذلك ان استاجر بيتا على انه ان سكن
فيه بدرهم وان سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز ومن استاجر
دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان
استاجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم
فهو جائز في قول ابي حنيفة وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه مجهول وكذا الاجر احد
شيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الفارسية والرومية لان
الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى
الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين
فيصح كما في مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد
الا يرى انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده
ترتفع الجهالة ولو وجب الاجر بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

ومن استاجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة
السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من
اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا
تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا في الركوب ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا
واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا
فرغ من العمل والقياس ان لا تجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر وصار كما اذا هلك العبد
وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار الفراغ سالما
ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز لم يكن للمستاجر
ان ياخذ منه ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان
عليه عند ابي حنيفة وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما
مر وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب
لان العبد لا يحرز نفسه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه
وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار
الفراغ على ما مر وان استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول
منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى تنجز الحاجة

فينصرف الشيء الى ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول
الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق او مريض فقال ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم
يكن ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول
الموجر لانهما اختلفا في امر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا ان لم
يصلح حجة في نفسه واصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه **باب الاختلاف**
قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط
قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا
بل امرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل
الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه **قال**
واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه
واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء
اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه
لانه بمنزلة الغصب وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول
قول صاحب الثوب لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه
فالقول قول المنكر وقال ابو يوسف ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا
لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع
معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى
التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر والجواب عن استحسانهما
ان الظاهر للدفع والحاجة الى الاستحقاق **باب فسخ الاجارة قال** ومن استاجر دارا
فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان
هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد
رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل الموجر ما ازال به العيب فلا خيار
للمستاجر لزوال سببه **قال** واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى
انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهو المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع
قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا رحمهم الله من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع
فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في العبد وعن محمد ان الآجر لو بناها ليس للمستاجر
ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على انه لا ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت

مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه واذا مات احد المتعاقدين
وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت الاجارة لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة
المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان
عقدها لغيره لم ينفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى
قال ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود
عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للموجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال
وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه
كالبيع والجامع دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب
وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونه ولهذا يجبر المستاجر
على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة **قال** وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي
لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع
ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض
في البيع فتنفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق
به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استاجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع
او استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تنفسخ الاجارة لان في المضي عليه
الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا
من آجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما آجر فسخ القاضي
العقد وباعها في الديون لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو
الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي العقد اشارة الى انه يفتقر
الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل
ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي
ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ وقيل تنتقض
بنفسه وليس بصحيح وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق
فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء
لظهور العذر ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على موجب
العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او لطلب غريمه فحضر او للتجارة
فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد

تلميذه او اجره ولو مرض المؤجر فقعد فكذلك الجواب على رواية الاصل وروى الكرخي رحمه الله
انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ومن آجر عبده ثم باعه
فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح وانه امر زائد
قال واذا استأجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب
العقد لفوت مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر
فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان
يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية
وهذا بخلاف ما اذا استأجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا
ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما ومن
استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة
السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك ضرر لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا
اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستأجر
يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى لو اراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع
من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر **مسائل منثورة** ومن استأجر ارضا او
استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء من ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا
التسبب فاشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما
اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه فاذا اقعد الخياط
او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة
فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل
ومن استأجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز
وهو قول الشافعي للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب
وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة
وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى
تحقق الرضا وان استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز له ان
يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد
من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرط عليه وقبل العبد

ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باجماع
بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه
اما الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان
يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه
فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة
دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه
اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا اديتها
فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا
بالبيع ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد
من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه
اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا ظاهر ما تلونا
من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم
اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة
عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة
وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد في الرق ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشراء
والبيع لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي
يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع
والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما
دفع ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا فاذا
اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال
اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل
على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص لا يكون مكاتبة اعتبارا للتعليق بالاداء
مرة واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج من ملكه اما الخروج من يده فلتحقيق
معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء
البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى واما عدم الخروج عن ملكه فلما
روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجيز العتق ويتحقق
بتأخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه فان اعتقه عتق بعتقه

لانه مالك رقبته وسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق به وقد حصل

واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة

وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء

والاعيان وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالا لها غرم لان المولى

كالاجنبي في حق اكسابه ونفسه اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة

فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد

العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا

كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة

فان ادى الخمر عتق وقال زفر رحمه الله لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل هو القيمة وعن

ابي يوسف رحمه الله انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل

معنى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ

يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق

بينها وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند

اداء العوض المشروط واما الميتة فليس بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى

الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه

رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع

ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت

كما في البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه

في العتق اصلا فتجب بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل

وامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث

لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق

بدون ارادته وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده

شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها

لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رواه الحسن انه

يجوز حتى اذا ملكه وسلم يعتق وان عجز يرد الى الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم

فاشبه الصداق قلنا العين في المعاوضة معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة

اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو

المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك

فعن محمد رحمه الله انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة رحمه الله

انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا يفيد ملك

المكاسب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل

عينا معينا والمسئلة فيه على ما بينا وعن ابي يوسف انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه

عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة

التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك المعين وعن ابي حنيفة رواه ابو يوسف رحمه الله

انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الي

فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف رحمه الله وعنه انه يعتق قال ذلك او لم

يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على

عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك

في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد

المولى عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف

هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد

ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى

منه وهو الاصل في ابدال العقود ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة

لا تصلح بدلا فكذلك مستثناه قال واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة ومعناه

ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر

في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا فتفاحش الجهالة

واذا بين الجنس كالعبد والوصف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة

البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع

ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع

انه يبتنى على المسامحة بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة واذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو

جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانه مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما

اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير معين

فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما

حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب
على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع لا ينعقد
صحيحا على القيمة فافترقا واذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد
العوضين الى المولى يسلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد
مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب
الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو
نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق
في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي
في صفقة ليربح في اخرى فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان هذا
الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط
وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة
تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط
خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل او نقول الكتابة
في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص جانب العبد فاعتبر اعتاقا
في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا يتزوج الا باذن المولى لان
الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز
باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الهبة والصدقة
تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة
واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه
تبرع محض وليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك
تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء
فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد وكذلك
ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لان مآله العتق
والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج
الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه
والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف

الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه
للمولى لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى
مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا فلو ادى الاول بعد
ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق وان ادى الثاني
بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له وان اعتق عبده
على مال او باعه نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه
اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس وكذا الثاني لانه اعتاق
على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص العبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة
بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر وكذلك الاب والوصي في رقيق
الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة
نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية واما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض
والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له
يملك التجارة وهذا ليس بتجارة واما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة
المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء
كلهم تزويج العبد

فصل واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل
ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر
متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا
يفترقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد
حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي لغيرهما حتى لا تجب نفقة الاخ
الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني
في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين
اذا كاتب كان للآخر فسخه ولو اعتق لا يكون له فسخه واذا اشترى ام ولده دخل ولدها
في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا
واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن
معها ولدها فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانها ام ولد خلافا لابي حنيفة

لانها حر باطل موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت
ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع ومات من غير وفاء
سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية
لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة
الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه يلتقيها جهتا حرية فان
مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة
لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه
فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة غير انه تسلم لها الاولاد
والاكساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد
لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرنا ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة
لانها باقية وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما
الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غيرها فهو بالخيار بين ان تسعى في
ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله تسعى في الاقل
منهما وقال محمد رحمه الله تسعى في الاقل من ثلثي القيمة وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار
والمقدار فابو يوسف مع ابي حنيفة رحمهما الله في المقدار ومع محمد في نفي الخيار واما الخيار
ففرع تجزي الاعتاق عنده لما تجزى بقي الثلثان عبدا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين
مؤجل بالكتابة ومعجل بالتدبير فتخير بينهما وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة
وجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير واما المقدار فلمحمد رحمه الله انه
قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته الا ترى
انه لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث
وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط
منه شيء وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة
لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر انها لا تلتزم المال بمقابلة ما تستحق
حريته وصار كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على الف كان جميع الالف بمقابلة
الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسألة التي
تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا وان دبر مكاتبته
صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها

ولده والقياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق
به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه
وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته
لما بينا في المشتري وكان حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسبه فيكون كذلك قبل الدعوة
فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذا اذا ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيها
مؤكدا فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه
ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لان تبعية الام راجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية
وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها
عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزوج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا
لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية اولاده ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا
وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية خالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة
وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد
العتاق فيبقى على الاصل فلا يلحق به وان وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى
ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في المكاتبة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ منه
حتى يعتق وكذلك المأذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان
التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط
الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب
في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها
فردها اخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد المأذون له لانه من باب التجارة فان التصرف
تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا
في حق المولى **فصل** واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة
وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانه تلقتها جهتا حرية عاجل ببدل وآجل
بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك اعتاق ولدها
وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة اخذت العقر من
مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد
وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا يؤدى منه مكاتبتها وما بقي ميراث

وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها
فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي
قيمتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار
بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا واذا اعتق المولى مكاتبه عتق بعتقه
لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل دونه فلا
يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى لكنه تفسخ برضا العبد والظاهر رضاه
توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه وان كاتبه
على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض
عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير
وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له
حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا يصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا ولان عقد
الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه دون وجه فيكون شبهة الشبهة
بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا الاجل فيه شبهة واذا كاتب
المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة
فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه
على قيمته فله ان يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة لان له ان
يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة
متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان
البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع
المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال
للمشتري اد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا نقض البيع وعنده يعتبر الثلث
بقدر القيمة لا فيما زاد عليها لما بينا من المعنى وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم
تجز الورثة ادى ثلثي القيمة او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر والتاخير
فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

قال واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم
فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى
العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى

على هذا يعتق بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة
على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى لا يعتق
قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في
تعليق عتقه باداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف على العبد وقيل هذه
هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع واذا كاتب
العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب فان ادى الشاهد او الغائب عتقا ومعنى المسئلة
ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا
وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه
وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا
والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى
عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شيء واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله
ان يأخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل
شيء لانه تبع فيه وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما
الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى
الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وايهما
ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر فيه وليس للمولى
ان يأخذ الغائب بشيء لما بينا وان قبل العبد الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء
والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن
كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا واذا
كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه و
يجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا
لها على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض
بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة وقالا هو
مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق
لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون
له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا

وحاصل الاختلاف راجع الى ان الاستيلاد في المكاتبة تتجزى عند ابي حنيفة وعندهما لا تتجزى واجمعوا انه لا تتجزى في القنة وتتجزى في المدبرة ولابي حنيفة لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بتكميل نصيب صاحبه والمكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان الكتابة قد ربثت به بحرية عاجلة لجهة الكتابة ولا مرضي بحرية آجلة لجهة الاستيلاد فاذا لم يتخصص الفسخ منفعة لا ينفسخ الا ينفسخ المكاتبة ولهذا قلنا ان الاب اذا استولد مكاتبة ابنه لا ينفسخ وان امكن تصحيحه بفسخ الكتابة • كفايه •

بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كانها لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطئه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هي ام ولد للاول ولا يجوز وطئ الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صار كلها ام ولد للاول لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صار كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطئ لا يعرى عن احد الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصار كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لا تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا يتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطي العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة لانه يملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه

في نصف رقبته على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلتردد بينهما يجب اقلهما واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطئ فتبين انه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بيناه ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كانها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزي الاعتاق وقد قررناه في العتاق اما قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان اثره في ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الآخر لم يكن له ان يضمن المعتق لكن يستسعي او يعتق وهذا عند ابي حنيفة ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا وابق وان اعتقه احدهما اولا كان للآخر الخيارات عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا دبره احدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك

التدبير

نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادف التدبير وهو قن وان اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى عنده فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا او يسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقتضيه او مال يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين او الثلاثة نظرا للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان اخره مؤجلا وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا بد من امهال مدة استيسارا واولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول النجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضه ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فيسقط الاحتجاج بها فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضا كالرد بالعيب بعد القبض واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضه وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما ترك لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضه لان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد الممات مقصودا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه اكد من

حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا او تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه كسبه فيخلفه في الاداء فصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا قال رضه وهذا عند ابي حنيفة اما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه تكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل به وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حياته حكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر وكذلك اذا كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر وان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء لمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرره حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك فلا يطيب ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لان العجز عنده لا يوجب تبدل الملك وكذا عند ابي يوسف رحمه الله وان كان العجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث

في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة يطيب لهما وعلى هذا اذا عتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي لان هذا هو موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضي به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى القيمة بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع ابو يوسف اليه وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر رحمه الله لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة فلا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة وان اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابرأه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والاعتاق لا يثبت بابراء البعض او ادائه في المكاتب في البعض ولا في الكل ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر رسول الله صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال عليه السلام ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنه وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرنا قال فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه واذا تزوج عبد رجل امة لآخر فاعتق مولى الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا وكذا اذا ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه لموالي الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فان اعتق العبد جر الاب ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام الى موالي الاب لان العتق ههنا في الولد يثبت تبعا بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لتمام سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا وفي الجامع الصغير

واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا
تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة
على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب
بما عقلوا لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصورا لان سببه مقصور
وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون
عليه لان النسب هنالك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك
فيرجعون قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا فولاء ولدها لمواليها عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وهو قول محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب
كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة
قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا
انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما
اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لما انهم تناصروا
بها فاغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب
وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة ثم اسلم النبطي ووالى رجلا ثم
ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف مواليهم موالي ابيهم
لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب وصار كالمولود بين واحد من الموالي
وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله
والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب
لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب اولان النصرة به اكثر قال وولاء العتاقة
تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبدا فاعتقه
هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له
فان مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وورث ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل
العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه
فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه السلام
ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فيتأخر عن العصبة
دون ذوي الارحام وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق تأويله اذا لم يكن هناك
صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة على ما روينا

وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالمولى الانتصار على ما مر والعصبة
تأخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته وليس للنساء
من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد
الحديث عن النبي عليه السلام وفي آخره او جر ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان
ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينتسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب
الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة
مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب
لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من تكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء
للابن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه اقربهما عصوبة وكذا الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا
ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى
ابنا واولاد ابن آخر معناه بني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء
للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضوان الله عليهم
ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب والله اعلم

فصل في ولاء الموالاة

واذا
اسلم رجل على يدي رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه
فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي رحمه الله
الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا
لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما تصح في الثلث
ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن رجل اسلم على يد آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل
والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث يشاء والصرف الى بيت
المال ضرورة عدم المستحق لا انه مستحق قال وان كان له وارث فهو اولى منه وان كانت
عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم
وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن
شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى
ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ
عن ولائه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا

بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة
قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي
ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم
يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهما في حق الولاء كشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة ان
يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه
اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله
المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا
خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند
تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة رحمه الله ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان
المنعة له والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف
حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما
يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك بان
يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل قال واذا اكره على بيع ماله
او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف درهم او يؤاجر داره فاكره على ذلك بالقتل
او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء
فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض
منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فتفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس
يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب
يعلم انه يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب
وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك
عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا يرى انه لو اجاز جاز
والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله في محله والفساد
لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو
قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات
الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع
حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات
الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم

لحاجته اما ههنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله عنه
ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره
لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا
بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة
اليه قال فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف
وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره
على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد
اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة
دون البيع قال وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد
العقد قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره
لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف
فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن
المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد
شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد
الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده
لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز

فصل

وان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب
الخمر ان اكره على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على
عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم
الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها
ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او العضو حتى لو خيف ذلك بالضرب وغلب على ظنه
يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو آثم لانه
لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على اهلاك نفسه فياثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف
انه لا ياثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة
بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما ياثم اذا علم
بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب
في اول الاسلام او في دار الحرب قال وان اكره على الكفر بالله او سب رسول الله صلى الله عليه وسلم
بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف به على نفسه او على عضو من اعضائه

فاول من سن الركعتين عند القتل خبيب
قال الخبيب حين الصلب
فلست ابالي حين اقتل مسلما * على اي جنب كان لله مصرعي
وذلك في ذات الاله وان يشأ * يبارك على اوصال شلو ممزع

لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى
فاذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان
فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال له صلى الله عليه وسلم
كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا
من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام
التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى قتل ولم يظهر
الكفر كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله عليه السلام
سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين
عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال واذا اكره على اتلاف مال المسلم بامر يخاف على نفسه او على
عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة
وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف
من هذا القبيل وان اكره بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله
كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال والقصاص
على المكره ان كان عمدا قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال زفر رحمه الله يجب على المكره
وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجب عليهما وقال الشافعي رحمه الله يجب عليهما لزفر ان الفعل من المكره
حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط
حكمه وهو الاثم واضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه على المكره
لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص
ولابي يوسف ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأثيم واضيف الى المكره من وجه
نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحيوته
فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه
فيبقى الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي
على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال
وان اكره على طلاق امراته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي
وقد مر في الطلاق ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه يصلح آلة له فيه من حيث الاتلاف
فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب
للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه

مواخذ

مواخذ باتلافه قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد
مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت
الفرقة من قبلها وانما يتاكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره
من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره
على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه يؤثر في فساد العقد
والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره
زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره
بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه
لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع
من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل
لرضاها بالالتزام قال وان اكره على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكرهه
السلطان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزمه الحد قال واذا اكره على الردة لم تبن امراته
منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده
الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك والاحتمال فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد
اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة
وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام
حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم
اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه
ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت
عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه طايع باتيان ما لم يكره عليه
وحكم هذا الطايع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة
وقضاء لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا اكره على الصلوة
للصليب وسب محمد عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلوة لله ومحمدا آخر غير النبي
بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي وقد خطر بباله
الصلوة لله وسب غير النبي بانت ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في
كفاية المنتهي والله اعلم

كتاب الحجر

قال الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق
والجنون ولا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده

ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال أما الصغير فلنقصان عقله غير أن إذن الولي آية أهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالإذن رضي بفوات حقه والمجنون لا تجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال أما العبد فأهل في نفسه والصبي ترتقب أهليته فلهذا وقع الفرق قال ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخه لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الإجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة فإن قيل التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم إذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم نجد نفاذا لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه قال وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال لأنه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه إلا إذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا إقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه والإعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود قال وإن أتلفا شيئا لزمهما ضمانه إحياء لحق المتلف عليه وهذا لأن كون الإتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الإشهاد بخلاف القولي على ما بيناه قال فأما العبد فإقراره نافذ في حق نفسه لقيام أهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه وكل ذلك إتلاف ماله قال فإن أقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الأهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع وإن أقر بحد أو قصاص لزمه في الحال لأنه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا إلا الطلاق ولأنه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلا وليس فيه إبطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ

باب الحجر للفساد

قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبذرا

مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل أولى لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده ولأبي حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لأن في سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم وهو أشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه إذ هو دفع ضرر الأعلى بالأدنى ولا يصح القياس على منع المال لأن الحجر أبلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لأنه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة بإعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لأن غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد وإذا حجر القاضي عليه ثم رفع إلى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق عنه جاز لأن الحجر منه فتوى وليس بقضاء ألا يرى أنه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الإمضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله لاتصال الإمضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند أبي حنيفة رحمه الله إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه وإذا بلغ خمسا وعشرين سنة سلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع إليه ماله أبدا حتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرفه فيه لأن علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا ولأبي حنيفة رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب ولا يتأدب بعد هذا ظاهرا وغالبا ألا يرى أنه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولأن المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال أبو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لأنه ليس بأثر الصبا ثم لا يتأتى التفريع على قوله وإنما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وإن كان فيه مصلحة أجازه الحاكم لأن ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله لأنه لا بد من حجر القاضي

عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد رحمه الله
لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا
ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عندهما
ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث
ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان
في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب
السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق
والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه واذا صح عتقه عندهما كان على العبد ان يسعى في
قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة
كما في الحجر على المريض وعن محمد انه لا تجب السعاية لانه لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية
ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق
فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم
يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه
بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية
ام ولد له لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد
وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في
جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد
شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته على هذا التفصيل قال وان تزوج امرأة
جاز نكاحها لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه
مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام
بالتسمية ولا نظر له فيه فلم يصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول
وجب لها النصف في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج اربع نسوة او كل يوم
واحدة جاز لما بينا قال وتخرج الزكوة من مال السفيه لانه واجب عليه وينفق على اولاده
وزوجته ومن تجب نفقته عليه من ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوائجه
والانفاق على ذي الرحم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان
القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة
لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفه لانه ليس

بعبادة

بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال
بل يكفر عن يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله
بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها
لانه واجب بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة
من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع
منها استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع
من القران لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من
ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند ابن عمر لا تجزيه غيرها وهي جزور او بقرة
فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله لان نظره
فيه اذ هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات
اكثر من هذا في كفاية المنتهى قال ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق
الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا
لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم
اموالهم وقد اونس منه نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية
عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما
ايضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه
لما في الحجر من النظر اليه **فصل في حد البلوغ** قال بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال
والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض
والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة
وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
وهو قول الشافعي وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشرة ويتم له
ثماني عشرة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل
تسع عشرة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع
الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك
في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم العادة
الفاشية ان البلوغ لا يتاخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد
الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رضه وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه

قال فان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال
حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد
لا مرد له ولو استفاد مالا اخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدمه
وقت الحجر قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه
لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا
لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء قال فان لم يعرف للمفلس مال
وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر
والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها
الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة
ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا
عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء
دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه وطؤها لا يمنع منه لانه قضاء
احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال ولا يحول بينه وبين غرمائه من بعد خروجه
من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد
ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم
بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا
ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق
النظرة الى الميسرة وعنده لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غاد ورائح
ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال الحق في الملازمة
وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر
اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه
يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على
باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب
الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق
عليه الا اذا علم القاضي انه يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ
يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها لما فيه من الخلوة
بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها قال ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه

فينبغي الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوءهن وادراكهن اسرع فنقصنا في
حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة
قال واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول
قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا
ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

باب الحجر في الدين

قال ابو حنيفة رحمه الله لا احجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه
والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر عليه اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص فان كان
له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن
يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء
المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء
لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله
فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا
يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه
وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس
لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق
قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين
بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب
المديون فلا يكون مشروعا قال فان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره
وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه
دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة استحسانا
والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان يأخذه جبرا ووجه
الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد
يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ
عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود
وسائل فافترقا قال ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر
لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب
بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس

ابتاع منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي يحجر القاضي على المشتري بطلبه
ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع
عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان
الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره
وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وبقبض الدين يتحقق بينهما مبادلة هذا
هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي
العين حكم الدين والله اعلم

كتاب المأذون

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع
فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق
بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد
تصرفه الا موجبا لتعلق الدين برقبته او كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا
يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التاقيت
حتى لو اذن لعبده يوما او شهرا كان مأذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت
ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت
يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لغيره
باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده
فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا
اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة
ان يقول له اذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول
الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع او اشترى
بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة خلافا لهما
هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه
الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف
الصبي المأذون له ولو حاباه في مرض موته يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان
كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد
وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري اد جميع المحاباة والا فاردد
البيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء لانه
قد لا يتفرغ بنفسه قال ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء

ويملك

ويملك ان يتقبل الارض ويستأجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار
ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه
يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع
المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يؤجر نفسه عندنا خلافا للشافعي
هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس
ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن
لانه يحبس فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة فلا ينحجر بها ويحصل به المقصود وهو الربح
فيملكها فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون له في جميعها وقال زفر والشافعي
لا يكون مأذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر
لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك
له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط
الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع
بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو
واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه
المالك فيه قال وان اذن له في شيء بعينه فليس بمأذون لانه استخدام ومعناه ان
يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا تنسد عليه
باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد الي الغلة في كل شهر كذا او قال اد الي الفا وانت حر
لانه طلب منه المال ولا يحصله الا بالتكسب او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن
بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير مأذونا في جميع الانواع قال واقرار المأذون بالديون
والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس
مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته
فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب
التجارة لانه كالمحجور في حقه قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه
وقال ابو يوسف يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن
يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي
المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي قال ولا يكاتب لانه
ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا

ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه فيرجع الحقوق
الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق
اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق
لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال
الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا
بالقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته
وعن ابي يوسف ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض اصحابه على ذلك
الطعام فلا باس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى
قالوا ولا باس للمرأة ان تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك
غير ممنوع عنه في العادة قال وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما
يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد
تمام العقد وليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما
وله ان يؤجل في دين وجب له لانه من عادة التجار قال وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء
الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان
غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن له لا تفويت مال قد كان له وذلك في تعلقه بالكسب
حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية
واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر في حق
المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان
سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة
فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب
لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء
وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد به دين
وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار وضمان المغصوب
والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده
الى الشراء فيلحق به قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة
فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به
ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء

حصل

حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك
بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود
شرط الخلوص له وله ان يأخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب
والزيادة على غلة المثل يردها الى الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال وان
حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه لو انحجر يتضرر الناس به لتأخر حقهم الى ما بعد
العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه
حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لا ينحجر ولو بايعوه جاز
وان بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر
واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام
ويبقى العبد مأذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل الى ان يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث
يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر
اذا كان الاذن شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر
قال ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا لان الاذن غير
لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل فلا بد من قيام اهلية
الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحاق لانه موت حكما حتى
يقسم ماله بين ورثته قال واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي يبقى مأذونا
لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا ان
الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف
ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود الصريح بخلافها وبخلاف الغصب
لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال واذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها
خلافا لزفر هو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة
الحجر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها
ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال واذا
استدانت المأذون لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها لانعدام
دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما والمولى
ضامن لقيمتها لما قررناه في ام الولد قال واذا حجر على المأذون له فاقراره جائز فيما في يده
من المال عند ابي حنيفة ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين

عليه فيقضي بما في يده وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان
كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة فصار
كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره
في حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما اخذه المولى
من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل
تحققها بخلاف ما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما
فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا تبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف
ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك
ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع قال واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته
لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة وقالا يملك ما في يده
ويعتق وعليه قيمته لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقه
ووطي الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث
والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظرا للعبد وله ان
ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه
والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق
فريعته واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال واذا لم يكن الدين
محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن
قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا
لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه قال واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه
كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف
ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من
الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان
لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء
نقض وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع
لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة
اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منهما

متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى
للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة
حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز
من العبد المأذون على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي وهو آذن
بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذان الفرقان على اصلهما قال
وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز البيع لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان
عليه دين على ما بينا ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن
فيه ويتمكن المولى من اخذ الثمن بعد ما لم يكن وهذا التمكن وصحة التصرف يتبع الفائدة فان
سلم المبيع اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس ولو بقي بعد سقوطه
يبقى في الدين ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه
يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين قال وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن
جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان اخص به من الغرماء وجاز ان يكون للمولى حق
في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او ينقض البيع
كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال واذا اعتق المولى المأذون
له وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه اتلف
ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق لان الدين
في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان وان كان اقل
من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون
لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى
متلفا حقهم فلا يضمن شيئا قال وان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري
وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به
حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم
والمشتري بالقبض والتغييب فيتخيرون في التضمين وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا
الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون فان ضمنوا البائع
قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لان سبب
الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه
بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال ولو كان المولى باعه من

رجل واعلم بالدين فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستيفاء والاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالاول تام مؤجل والثاني ناقص معجل وبالبيع يفوت هذه الخيرة فلهذا لهم ان يردوه قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله المشتري خصم ويقضي لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة لابي يوسف انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب قال ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره فالعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر فقال هو ماذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل

فصل واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد الماذون اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذا لو صبه على اصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا اليه باذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه

بالعبد الماذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والماذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير ماذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله اعلم

كتاب الغصب

قال الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه الماثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطا موضوع قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه يطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال وعلى الغاصب رد العين معناه ما دام قائما لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عليه السلام لا يحل لاحدكم ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم

بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية اظهرها ثم
قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف
الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه
واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل
ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب
عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
يضمن وهو قول ابي يوسف الاول وبه قال الشافعي رحمه الله لتحقق اثبات اليد ومن
ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة
فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان
الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان
يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك
عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان
هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه
في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل
فيما قاله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك ولا بينة
لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال واذا انتقص بالزراعة يغرم
النقصان لانه اتلف البعض فياخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل قال رضي الله عنه وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين ان شاء الله تعالى
قال واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب
والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب
السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب القيمة او يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر
قيمته يوم الغصب فان نقص في يده ضمن النقصان لانه يدخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب
فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة
عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض
والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رضي الله عنه ومراده غير الربوي
اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا قال
ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة

قال رضي الله عنه وهذا عندهما ايضا وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف اذا اجر المستعير
المستعار لابي يوسف انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات
تملك باداء الضمان مستندا عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير
وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص
فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في
اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو ادى اليه يباح له التناول فيزول الخبث
بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان
يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد
غيره لانه محتاج اليه وله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان
غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال ومن غصب الفا
فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة
الاف فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما واصله ان الغاصب او المودع اذا تصرف
في المغصوب او الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف وقد مرت
الدلائل وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب
الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين بالتعيين
كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها
ونقد منها واما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق
اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي رحمه الله لان الاشارة اذا كانت لا تفيد
التعيين لا بد ان يتاكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له قبل ان
يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة
قال فان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء
وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قال واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك
المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها
كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا
فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن
ابي يوسف غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا

وعند الشافعي رحمه الله يضمنه وعن ابي يوسف انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته وللشافعي ان العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها ولنا انه احدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه الا يرى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس ان يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله وهكذا عن ابي حنيفة رحمه الله رواه الفقيه ابو الليث رحمه الله ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف الا يرى انه لو وهبه او باعه جاز ووجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضى صاحبها اطعموها الاسارى افاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى البدل يباح لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابراه لسقوط حقه به وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضاء منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها غير ان عند ابي يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله ما تقدم قال وان غصب فضة او ذهبا فضربها دنانير او دراهم او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة فيأخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح راس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله ان العين باق من كل وجه الا ترى ان الاسم باق ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى يجري فيه الربوا باعتباره وصلاحيته لراس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة

فيها غير

فيها غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي للمالك اخذها والوجه من الجانبين قد بيناه ووجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة اما اذا بنى على نفس الساجة ينقض لانه متعد فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدها هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث ياخذه مع ارش المقطوع لان الآدمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه قال رضي الله عنه ومعناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها فارغة لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكون له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر

وبناه لصاحب الارض ان يأمره بقلعه ويضمن فضل ما بينهما قال ومن غصب ثوبا فصبغه
احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق
وسلمه للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي رحمه الله
في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل
الساحة لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه
رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة بنى فيها
لان النقض له وجود بعد النقض اما الصبغ فيتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب
الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال
ابو عصمة في اصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب
الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية
الجانبين في البيع وبنانه هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه
في السويق غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن
قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل
المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل اذا كان ثوبا
ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير
هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ
الى عشرين فعن محمد انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ
ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ

فصل

ومن غصب عينا
فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان
محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك
الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد يفسخ التدبير
بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن قال والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه
لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر
من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة قال فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها
بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب
لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضى المالك حيث ادعى هذا المقدار قال وان كان ضمنه بقول الغاصب

مع يمينه

مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه
بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها
مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح
خلافا لما قاله الكرخي انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما يدعيه والخيار
لفوت الرضاء قال ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه
ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملك الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا
يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب
قال وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك
فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي رحمه الله
زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على
مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه
ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك
ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا
يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال
في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه واكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن
ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع
بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان
جناية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد
على مستحق الامن اولى واحرى قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان
كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي
لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك
الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة او قطع قوائم
شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو
الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار
كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطعت
يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية
ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي

اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لابد من رد اصله للبراءة فكذا لابد من رد خلفه والحصاد لا يعد زيادة لانه عرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها فحبلت وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها وما انعقدت فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطلها او سكنها وقال مالك ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن وان اتلفهما لمسلم لم يضمن وقال الشافعي لا يضمن للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما الذمي من الذمي له انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام

واذا بقي

واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه تجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكها وتملكها لكونه اعزازا لها بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه انه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان ياخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع له في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك

لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك
وهو على هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ
فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب
والشمس فهو لمالكه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته
مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه
الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل
مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند ابي حنيفة صار ملكا للغاصب
ولا شيء عليه وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه
ان يعطي مثل وزن الملح وان اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل في دبغ
الجلد ولو استهلكه لا يضمنها عند ابي حنيفة خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو خللها بالقاء
الخل فيه فعن محمد انه ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك
وهو غير متقوم وان لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه قليلا فهو بينهما على قدر
كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على اصله ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة رحمه الله
هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك
لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا ويضمن
في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض المشايخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه
ان للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم
يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشايخ رحمهم الله وقد اثبتناها في كفاية المنتهى قال ومن
كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه
الاشياء جائز وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها
وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي
يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما
والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ
ادنى طبخة وهو الباذق عن ابي حنيفة روايتان في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء
اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل امرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا
يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابي حنيفة انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع

وان صلحت

وان صلحت لما لا يحل فصارت كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب
سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف
باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية
المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة
غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم
ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا
حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده
ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة وقالا يضمن قيمتها لان مالية المدبرة
متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل
ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو
الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط
في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت
حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه الصلوة والسلام
الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر
له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل
يا رسول الله وما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي رحمه الله
لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت
الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال
على الغير بغير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة
تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار
فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان
الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف
وقطع هذه المادة بتملك الاصيل اولى لان الضرر في حقه بازعاج عن خطة آبائه اقوى
وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عليه السلام
الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط
في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء
وبعده الاتصال بالحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب

ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار
شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم قال فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق
فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر
الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف ان مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة
لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الا ان
للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك
في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم
على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف لان اتصاله
اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق والشرب خاصا حتى تستحق الشفعة
بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه
السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف الخاص ان
يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة
تتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة
خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب
ادب القاضي ولو كان نهر صغير ياخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه
قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي
الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملازق قال والشريك
في الخشبة يكون على حائط الدار جار لما بينا قال واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم
على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي هي على مقادير الانصباء
لان الشفعة من مرافق الملك الا ترى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة
ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا ترى انه
لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة
العلة والترجيح بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة هنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك
غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين
في الكل على عدد رؤسهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت
ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان
قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد

تحقيقا للتسوية ولو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا ياخذ القادم الا النصف لان قضاء
القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة
تجب بعقد البيع ومعناه بعده لانه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه والوجه
فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت
البيع في حقه حتى ياخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه قال
وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد
والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي
ولا يمكنه الا بالاشهاد قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان الملك
للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او بقضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة
وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين وباع داره المستحق بها الشفعة
او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم لا تورث عنه في الصورة
الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله
تجب بعد البيع بيان انه لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه
ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلاثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى
لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها
ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته
وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في
النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التامل كما
في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله
لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث
لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه
يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب
اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي
التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه
طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى
واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان

او واحد عدل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا
صبيا او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله
واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف
ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير
والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على
طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه
ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه
لم يسلم الى المشتري او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته
وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد
عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من
ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا
اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا
على ذلك وعن ابي يوسف يشترط تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في معلوم
والثالث طلب الخصومة والتمليك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا يسقط
الشفعة بتاخير هذا الطلب عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وقال محمد ان تركها شهرا
بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف انه اذا
ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه
اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط بتاخير الخصومة ابدا
يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه
آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه قول ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى
ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح به كما في سائر الحقوق
وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه
لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند
القاضي فكان عذرا قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة
سال القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد
ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال رضي الله عنه يسأل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه
عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك

يسأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها
الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها
ايضا وقد بيناه في كتابنا الموسوم بالتجنيس والمزيد قال فان عجز عن البينة استحلف
المشتري بالله ما تعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه ادعى
عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما هو في يد غيره فيحلف على العلم فان نكل او قامت
للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك يسأله القاضي يعني
المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا
بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله
ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب
وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله تعالى وانما يحلف
على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات
قال وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي
له بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع
الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء
على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط
تسليمه فكذا لا يشترط احضاره واذا قضي له بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن
وينفذ القضاء عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر
اداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي قال
وان احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة
ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع
ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد
من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار
اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهو ان
البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور
ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا
انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كأنه هو
المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث

يكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذلك اذا كان البائع وكيلا الغائب فللشفيع ان ياخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن راها فله خيار الرؤية فان وجد بها عيبا فله ان يردها به وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخيار كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاط حقه

فصل في الاختلاف

قال واذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الاخذ والترك ولا نص ههنا فلا يتحالفان قال ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل كان الموجود بيعان فللشفيع ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد رحمه الله واما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير بينة المالك القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك الا بفسخ الاول وههنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فياخذ

الشفيع بقوله ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان فايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فياخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال وان كان قبض الثمن اخذ بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بالالف لانه لما بدا بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن والله اعلم

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قال واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع وان زاد المشتري للبائع في الثمن لم تلزم الزيادة الشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان ياخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم ولو اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فيراعى بقدر الامكان كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لانه بدله وهو من ذوات القيم فياخذه بقيمته قال واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فياخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره

لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري
لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان
الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال
وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث
النقدية وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما
الطلب فعليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لقول ابي يوسف
الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ
في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال واذا اشترى ذمي
دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة
فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ في
الاول بالمثل وفي الثاني بالقيمة قال وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير
اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان
شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف
مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل ولو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر
وبالاسلام يتاكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه
يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا فصل واذا بنى المشتري فيها او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة
فهو بالخيار ان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلفه القلع ويخير بين ان
يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي الا ان عنده له ان
يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف
بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع
المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل
الادنى فيصار اليه وجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط
من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري
لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة وبخلاف
الشراء الفاسد عند ابي حنيفة رحمه الله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد
فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق
والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر

كثير ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع
فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة
البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف
انه يرجع لانه متملك عليه فنزل منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري
مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري
لانه مجبور عليه قال واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد
فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من
غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة
بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل
وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله قال وان نقض المشتري البناء قيل
للشفيع ان شئت فخذ الارض بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف
فيقابلها شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان يأخذ
النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع
بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان
وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع
في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما
كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع قال وكذلك ان ابتاعها وليس في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري
يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيعة قال
فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار
وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال في الكتاب فان جذه المشتري
سقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع
مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر
لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن باب
ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم
وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا
لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع الى غير ذلك
من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر

وانه ينتظم القسمين ما ينقسم وما لا ينقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق قال ولا شفعة
في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك
في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك
في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء
والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف
العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له
من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان
في السبب وفي الحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير
والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا قال واذا ملك العقار بعوض هو
مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري
صورة او قيمة على ما مر قال ولا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او
يستأجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا
انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف
المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة
عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض
فيها رأسا وقوله يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده
الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر
في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص
المطلوب فلا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض
في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال
ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة وقالا تجب في
حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ
النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت
في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال
الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار
وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان
قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح

عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما
اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا
عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان
تكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه
شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا
في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع قال ومن باع
بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان اسقط الخيار وجبت
الشفعة لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع
يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه
لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه على ما مر واذا اخذها في الثلاث
وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري
دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البائع
فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع
فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث
لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال
فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه في
الاولى حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض
فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض فلاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد
وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع
الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفي البيع الفاسد ممنوع عنه قال فان سقط حق الفسخ وجبت
الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه
وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له
بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها
بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري
قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان
استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة
لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت

الا في المبادلة المطلقة قال واذا اشترى دارا فسلّم الشفيع الشفعة ثم ردّها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردّها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ وانه بيع جديد في حق ثالث لوجود حدّ البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الردّ بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الردّ بخيار الرؤية لما بيّناه ولا يصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضاء فيما تعلق لزومه بالرضاء وهذا المعنى موجود في القسمة

باب ما يبطل الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهو عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة وردّ العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما بيّنا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيّرة اختاريني بالف او قال العنّين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي اخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي تورث عنه قال رحمه الله معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مرّ في البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا تباع في دين المشتري ووصيته ولو باعها القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها

بوصيته فللشفيع ان يبطله وياخذ الدار لتقدّم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حيوته قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلّم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع وهو الشفيع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له فلا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تمّ من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار من جانب المشتري فلا شفعة له لان البيع تمّ بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلّم ثم علم انها بيعت باقلّ او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلّمه لاستكثار الثمن في الاول او لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسّر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف درهم او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية قال واذا قيل له ان المشتري فلان فسلّم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره فله ان ياخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلّم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه

فصل

واذا باع دارا الا مقدار ذراع في طول الحدّ الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلّمه اليه لما بيّنا قال وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى

بها ثوب بقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام
البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع
بطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف
وتكره عند محمد رحمه الله لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف
انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة مسائل متفرقة
قال واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان يأخذ نصيب احدهم وان اشتراها
رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض تتفرق الصفقة
على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا
تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض
لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد
على البائع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء سمى
لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات
ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ الشفيع
النصف الذي صار للمشتري او يدع لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع
ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه لعود العهدة
على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة
وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم
فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض
بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري
في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة
وعن ابي حنيفة رحمه الله انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما
يقع في الجانب الآخر قال ومن باع دارا وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان
العبد هو البائع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فنزل منزلة الشراء
وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا
شفعة لمن بيع له قال وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة رحمه الله
وابي يوسف رحمه الله وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف
اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبها وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في

رواية

في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح وجه قول محمد وزفر انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله
كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى التجارة
فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين
النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما
كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها
بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق
لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة
فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف رحمه الله والله اعلم

كتاب القسمة

قال القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام
باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة
لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي
من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات
لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه
فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات
والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه
فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي
على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة
مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه
بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت
اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد
ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال
ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة
فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما
بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص
ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق بالناس
وابعد عن التهمة ويجب ان يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء ولانه
لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على

قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستاجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر

قال واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة رحمه الله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع

قال واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا تفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها ويقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظر للحاجة الى الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما وارادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما

لاحتمال

لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة رحمه الله خاصة وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز

قال واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمه القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصغير فلا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا بشرى المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشرى ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز فلا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب

قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور الخصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه من قبل وان كان ينتفع احدهم والآخر يستضر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشأنهما اما القاضي فيعتمد الظاهر

قال ويقسم العروض اذا كانت من جنس واحد لان عند اتحاد

في محلة او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلاصقة كالبيوت
والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد قال وان كانت
دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال جعل الدار والحانوت
جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بمنافع الحانوت
لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان وتبنى حرمة الربوا هنالك
على شبهة المجانسة **فصل في كيفية القسمة** وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه
ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره
ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون
لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب
نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا
فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان
الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا لتمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في
كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم
يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل
حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام قال ولا يدخل
في القسمة الدراهم الا بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت
به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم
له واذا كان ارضا وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار
المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات
ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة
كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك قسمة الصداق ضرورة التزويج وعن محمد رحمه الله انه يرد على
شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا تفي
العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها
وهذا يوافق رواية الاصل قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط
في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه فليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر لانه
امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط
فتستانف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه

الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها
في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها
التراضي دون جبر القاضي ويقسم القاضي كل موزون ومكيل كثير او قليل والمعدود المتقارب
وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة
وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة
ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي
لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلثة اثواب اذا جعل ثوب
بثوبين وثوب وربع ثوب بثوب وثلثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك
جائز وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس
كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة
فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى
ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوان جنس واحد بخلاف المغنم لان حق الغانمين
في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا واما
الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة
التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر
افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية وتصح
ذلك على العبد فاولى ان لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا بتراضي الشركاء
وكذا الحائط بين دارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا
فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على
حدتها في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف
الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا
الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود
ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا
فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشري دار وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية
كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة
ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين
لا يجمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احدهما في الاخرى والبيوت

قوله في الوجه الاول اي فيما اذا امكن صرف الطريق والمسيل عنه ثم المراد من ذكر الحقوق مطلقا بان قال من الحقوق فاما اذا قال من الحقوق بطريقه ومسيله فانه يثبت بهذه الحقوق فانها انتقت بالمنع وجوه الاثبات ويقول فكذلك الجواب انما يستحق الطريق والمسيل من وقع له نصيب من الدار والارض في القسمة بذكر الحقوق اذا لم يكن فيه الاستطراق والمسيل في نصيبه واما اذا امكن فلا يستحق الطريق والمسيل بذكر الحقوق نهاية

بجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة فلا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول فكذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه يقسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم ليتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاوت جائزة بالتراضي قال

وان كان سفل لا علو فيه وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال هذا عند محمد وقال ابو حنيفة وابو يوسف يقسم بالذرع لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع قال ابو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع قيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصره او بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول ابي حنيفة ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضى صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يستويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد وقوله لا يفتقر الى التفسير

قوله وفي الوجه الثاني يدخل فيها اي فيما اذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل يدخل الطريق والمسيل في القسمة اذا ذكر الحقوق وذلك لان القسمة لتكميل الانتفاع بالحق ولا يحصل الانتفاع الا بالطريق والمسيل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع حق كل عن الآخر فباعتبار معنى تكميل الانتفاع ينبغي ان يدخلا في القسمة وان لم يذكر الحقوق وباعتبار معنى الافراز ينبغي ان لا يدخلا وان ذكرت الحقوق فراعينا المعنيين جميعا فقلنا اذا ذكرت الحقوق دخلا في القسمة والا فلا

وتفسير قول ابي حنيفة رحمه الله في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فثلثة وثلثون وثلث ذراع من السفل ستة وستون وثلثان من العلو ومعه ثلثة وثلثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع فيساوي مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول ابي يوسف ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو قال

واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد رحمه الله مع قولهما وقاسم القاضي وغيرهما سواء لمحمد انهما شهدا على فعل انفسهما فلا يقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل عليه قال الطحاوي اذا قسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل شهادته لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا والله اعلم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهما الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد شهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي ان لا يقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة

فصل نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا
في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي
الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما
دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا مما في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة
وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة
الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا
في الحدود واقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه لما بينا وان قامت
لاحدهما بينة قضي بها وان لم تقم لواحد منهما بينة تحالفا كما في البيع **فصل** واذا
استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة ورجع بحصته ذلك في نصيب
صاحبه وقال ابو يوسف تفسخ القسمة قال ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا
ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما فاما في
استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق
فهذه ثلثة اوجه ولم يذكر قول محمد رحمه الله وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة
وهو الاصح لابي يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه
باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى
القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما
ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة
على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر
بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء
وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث
بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما
الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما
ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر
لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف
وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي
رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف رحمه الله
ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لان القسمة تنقلب فاسدة عنده

والمقبوض

والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال
ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث
وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم
لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة
من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين
دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة
ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم
مشتركا **فصل في المهاياة** المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ قد يتعذر الاجتماع
على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى
منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا
لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت
فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم ويبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت
احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم فلا فائدة في النقض ثم الاستيناف
ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز
لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء
لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك
في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايئا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا
يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان
والاول متعين ههنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يامرهما
القاضي بان يتفقا لان التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من
الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايئا في العبدين
على ان يخدم هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائز جبرا من القاضي
وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر
عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف
اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايئا فيهما على ان نفقة
كل عبد على من ياخذه جاز استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه
لا يتسامح فيها ولو تهايئا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه

عندهما فظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة
وعن ابي حنيفة انه لا يجوز التهايؤ فيه اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى
بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر جائز ووجه الظاهر ان التفاوت
يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر التفاوت في
اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين
فانهم بين حاذق واخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا
بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايؤ
في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة
لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال
والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوانات لتوالي اسباب التغير عليه فيفوت المعادلة
ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل
بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل
فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا يضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على
الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان
فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء
وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه
فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا
يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان
يمتنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا
ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسيان ولا يجوز في الدابتين
عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايئا على
ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان المهايأة
في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية ترد عليها القسمة عند
حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن
بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع
وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما
روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين
المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة به فان ذا المال قد لا يهتدي
الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم
والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم تتحقق شركة
وله ما روي انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله
فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام
كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم
يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض
وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه
وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها
والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط ثمانية
احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل دونه والثاني ان يكون رب الارض
والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة
لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها والرابع بيان من
عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس
بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما وما لا يعلم
لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب
الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في
الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما

قال وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت
المزارعة لان البقر آلة للعمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كانت الارض
لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استئجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز
كما اذا استأجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت
لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا
ليطين بمره وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره
ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط

وحده وصار كجانب العمل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا
وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر وانه
لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا
يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر
في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا
للبذر قابضا له لاتصاله بارضه قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة على ما بينا وان يكون
الخارج بينهما شائعا تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة
لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط دراهم
معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي
بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم تخرج الارض
الا قدر البذر وصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف
ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا
يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والارض عشرية قال وكذلك ان شرطا
ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى
ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج
من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية اخرى وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب
لانه عسى ان يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن نصفين
والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب
نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب
البذر لانه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال
مشايخ بلخ التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب
والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد
وان شرطا التبن للآخر فسدت لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن
واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة
الالتزام وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج
وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة
ولا يفوت الذمة بعدم الخارج قال واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه

واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال ولو كان البذر من
رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد
فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض
اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب
قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر
حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي
اجارة معنى واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه
لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر المثل وتصدق
بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فيه
فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به قال واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب
البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في موجب العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر
اجيرا لهدم داره ولو امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء
بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة
قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا
في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك قال واذا مات احد
المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها
ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد حتى مات رب الارض ترك الارض
في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء
العقد في السنة الاولى مراعاة للحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل
فيحافظ فيها على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار
انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل لما نبينه ان شاء الله
واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس
للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم
بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى
يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس
ان كان حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم واذا انقضت

مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد الزرع
والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر
المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا
عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه
على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما ههنا العقد
قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن
صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع
بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب
الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما
في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء الزرع بعد وجود المنهي نظر له
وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات
المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم
ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا
قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلثة على ما بينا وكذلك اجرة
الحصاد والدياس والرفاع والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل
فسدت وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام
في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك
بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط ذلك في العقد ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما
يفسد العقد كشرط الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل
اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله
هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل
وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما
على ما بينا وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من
السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو
شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال
مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه
ولو ارادا فصل القصيل او جد التمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد
لما عزما على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد الادراك

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة
المساقاة بجزء من الثمرة باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا
والمساقاة هي المعاملة والكلام فيه كالكلام في المزارعة وقال الشافعي المعاملة جائزة
ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه
شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرطا الشركة في الربح دون البذر بان شرطا رفعه
من راس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع
الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيه لانه اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان
اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمرة لادراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت
ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له
نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا
وربيعا والانتهاء بناء عليه فيدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر
معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الارض وضعفها تفاوتا فاحشا
وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه
ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا
لما بينا في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة فان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر
فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد
يتاخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة
العقد وان تاخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما
اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة
فبقي العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب
واصول الباذنجان وقال الشافعي في الجديد لا تجوز الا في النخل والكرم لان جوازها بالاثر وقد خصهما
وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت به واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها يعملون في الاشجار
والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة لا سيما على اصله وليس لصاحب
الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل
بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر لما قدمناه قال فان دفع نخلا فيه ثمرة
مساقاة والثمرة تزيد بالعمل جازت وان كانت قد انتهت لا تجوز وكذا على هذا اذا دفع الزرع
وهو بقل جاز وان استحصد وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي

المناسبة بين كتاب المزارعة وكتاب الذبائح ان في كل منهما اتلافا
في الحال للانتفاع في المآل الا ان الزراعة لا يكون الا باتلاف الحب
في الارض للانتفاع بالزرع بعد النبات فكذا الذبح لا يكون الا
باتلاف الحيوان بازهاق روحه للانتفاع بلحمه بعد ذلك
والذبائح جمع ذبيحة وهي المذبوحة ق

والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة
قال واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصار
كالمزارعة اذا فسدت قال وتبطل المساقاة بالموت لانها في معنى الاجارة وقد بيناه
فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان
يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه
على الآخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين ان يقسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه
قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل
من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان
يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا
كان صاحب الارض بين الخيارات الثلثة التي بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل
لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا
ان يكون وراثة في الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة
رب الارض على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول
سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة
في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما
لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق العمل عليه وههنا لا اجر فجاز
ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال وتفسخ بالاعذار لما بيناه في الاجارات وقد بينا
وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل
الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه فيفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن
العمل لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل عذرا ولو اراد العامل ترك
ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتاويل احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من
جهته ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان يكون الارض والشجر
بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا
بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى
قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس
لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها
طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحهما

كتاب الذبائح

الذكاة شرط حل الذبيحة

لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولانه به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به
الطهارة في الماكول وغيره فانها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها
وهي اختياري كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطراري وهو الجرح في اي موضع كان
من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية
وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف
بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى
كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وذبيحة المسلم والكتابي
حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة
ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة
لا يحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف
والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الذمي والحربي والعربي والتغلبي
لان الشرط قيام الملة على ما مر قال ولا يؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة
اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا
او دعوى قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى
غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال والوثني لانه لا يعتقد الملة قال
والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم
والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم
يكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد لانه فعل مشروع اذ الحرم
لا يؤمن الشاة وكذا ذبحه لا يحرم على المحرم قال وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة
لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي اكل في الوجهين وقال مالك لا يؤكل في الوجهين
والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب
وعند الرمي وهذا القول من الشافعي مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك
التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنه
انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهما انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال
ابو يوسف والمشايخ ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه
لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية
لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة

يعني اذا ترك التسمية ناسيا حلت بالاتفاق فلو كانت التسمية شرطا لم يحل
لان شرط الشيء ما يتوقف الشيء على وجوده ولا يفترق الحال بين النسيان
والعمد كما في الطهارة واستقبال القبلة وستر العورة ح

اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الآية
وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رحمه الله فانه
عليه السلام قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة
بترك التسمية ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج
ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت
المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور
لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار
يشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي وهو على الآلة لان
المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل ما يقدر
عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب
غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح باخرى اكل ولو سمى على
سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند
الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلاث مسائل احدها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم
الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن
الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر
موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله
ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة
ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا بأس به لما روي عن النبي عم
انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط
هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رض جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي
لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح
فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد لله على نعمه دون التسمية وما تداولته
الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنه في قوله تعالى
فاذكروا اسم الله عليها صواف قال الذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح
في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة
واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم
الكل سواء قال والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمرئ والودجان لقوله

عليه السلام افر الاوداج وانهر الدم بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلث فيتناول المرئ
والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمرئ الا انه لا يمكن قطع هذه
الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رحمه الله
ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها
فكذلك عند ابي حنيفة وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا
ذكر القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا ان هذا قول ابي يوسف وحده
وقال في الجامع الصغير ان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر من
الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا واختلفت الرواية فيه والحاصل ان عند
ابي حنيفة رحمه الله اذا قطع الثلاث اي ثلاث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى
ما ذكرنا وعن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله
عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها ولابي يوسف ان المقصود من قطع الودجين
انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف المرئ فانه
مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة ان الاكثر يقوم مقام الكل
في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم
المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام ويخرج الدم بقطع احد
الودجين فيجتزأ به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكأنه
لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن اذا كان منزوعا
حتى لا يكون باكله بأس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي المذبوح ميتة لا يحل لقوله عليه السلام
كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون
ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت
وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو
المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في
معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه
بالاحسان قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وبكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم
فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا ولم يجد
فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس وفي الحرمة يقول يكره او لم يؤكل قال ويستحب ان يحد
الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا

ذبحتم فاحسنوا الذبح وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي
عن رسول الله عليه السلام انه رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها
موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل
ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي
عن رسول الله عليه السلام انه نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد
رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا
لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان
ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره ان يجرها برجلها الى المذبح وان تنخع
الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة
لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال
فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره
لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق
لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش
من النعم فذكاته العقر والجرح لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على
ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار
لما بينا وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة
العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما
توحش من النعم وعن محمد ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر وان ندت في المصر لا يحل
بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما
يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان
لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل اكله قال والمستحب في الابل النحر
فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره فالاستحباب لموافقة السنة
المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى
في غيره فلا يمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك انه لا يحل قال ومن نحر ناقة او ذبح بقرة
فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد
وقال ابو يوسف ومحمد اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه
ولانه جزء من الام حقيقة لانه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها

وكذا حكما

وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام
ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله انه اصل في الحيوة حتى يتصور حيوته بعد موتها
وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح
الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو التمييز بين الدم واللحم لا يتحصل
بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه
سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا لجوازه كيلا يفسد
العقد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق فصل فيما يحل اكله
وما لا يحل قال ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لان النبي عليه السلام نهى
عن اكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين
فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب والسبع كل مختطف
منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف
الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما
والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من سباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث
لانهما يأكلان الجيف قال ولا بأس بغراب الزرع لانه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا يؤكل
الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف قال ابو حنيفة لا بأس باكل العقعق لانه يخلط بين
فاشبه الدجاج وعن ابي يوسف انه يكره لان غالب اكله الجيف قال ويكره اكل الضبع والضب والزنبور
والسلحفاة والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عليه السلام نهى عائشة
عنه حين سألته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة
من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما تكره الحشرات كلها استدلالا
بالضب لانه منها قال ولا يجوز اكل لحم الحمر الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه الصلوة والسلام
اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة وهو قول مالك رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا بأس باكله لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله عليه السلام
عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها
وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم
ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة
ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد والترجيح للمحرم ثم قيل

الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح اما لبنه فقد قيل لا باس به لانه ليس
في شربه تقليل آلة الجهاد قال ولا باس باكل الارنب لان النبي عليه السلام اكل منه حين اهدي
اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي
قال واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الآدمي والخنزير فان الذكاة لا تعمل فيهما الآدمي
لحرمته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لانه يؤثر
في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار كذبح المجوسي
ولنا ان الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد
واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي
اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده
خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت
اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل قال ولا يؤكل
من حيوان الماء الا السمك وقال مالك وجماعة من اهل العلم باطلاق جميع ما في البحر واستثنى
بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع
واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل
ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك
ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن
دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد
وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمول على السمك وهو حلال مستثنى من
ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان
فالكبد والطحال قال ويكره اكل الطافي منه وقال الشافعي ومالك لا باس به لاطلاق
ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي عن النبي عليه السلام
انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تاكلوا وعن جماعة من الصحابة
مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة
قال ولا باس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد من غير ذكاة وقال مالك
لا يحل الجراد الا ان يقطع الآخذ راسه او يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم
بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما روينا وسئل علي رضي الله عنه
عن الجراد ياخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته

ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص
الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالماخوذ واذا مات
حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وينسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهي
يقف عليها المتبحر منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بآفة وما
ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله اعلم

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه
وعن ولده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن
ابي يوسف وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة
واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة
قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي
الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف
المالية كالزكوة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن
مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال
يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو
المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها
وتفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روي [illegible] ما هو ضد السهو
لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية
لانها وظيفة مالية لا تتادى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا
وباليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت
وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب
عليه على ما بيناه وعن ولده لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن
عن ابي حنيفة وروي عنه انه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب
هناك راس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب
ان لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة الفطر
وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر
والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر
وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعا لان هذه القربة تتادى بالاراقة والصدقة

بعده تطوع فلا يجوز ذلك في مال الصغير ولا يمكنه ان ياكل كله والاصح ان يضحي من ماله ويأكل منه
ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه قال وتذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة
عن سبعة والقياس ان لا يجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه
بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله عم البقرة عن سبعة والبدنة
عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس ويجوز عن خمسة او ستة او ثلثة ذكره محمد
في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم اولى ولا يجوز عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص
فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض
وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى وقال مالك يجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة
ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحاة
وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم
في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة
الاسباع جاز نصف السبع تبعا واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو
اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة
يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة معه اجزاه استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو
قول زفر لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد
بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة
فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء
ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة انه يكره الاشتراك بعد الشراء
لما بينا قال وليس على الفقير والمسافر لما بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا
مسافرين وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر جمعة ولا اضحية قال ووقت الاضحية يدخل بطلوع
الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون
بعد الفجر والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم
نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية
غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد ولان التاخير لاحتمال التشاغل
عن الصلوة ولا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي
في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد
والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل

ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط
بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل
اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو
ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو
اكتفوا بها اجزأتهم وكذا على هذا عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا قال وهي جائزة في
ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي ثلثة ايام بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق
كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة ايام افضلها
اولها وقد قالوه سماعا لان الراي لا يهتدى الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن
وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض
ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق
ثلثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق
والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع
محض فتفضل عليها ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها
فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الافاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب
على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة
شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا
فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا
والصوم بعد العجز فدية قال ولا يضحي بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا
العجفاء لقوله عليه السلام لا تجزئ في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها
والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي قال ولا تجزئ مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن
فلقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل
مقصود فصار كالاذن قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب جاز لان
للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية
عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية
الثلث او اقل اجزاه وان كان اكثر لا يجزيه لان الثلث ينفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر
قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة
ويروى الثلث لقوله عم في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما

اذا بقي الاكثر من النصف اجزأه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه
ابي الليث قال ابو يوسف اخبرت بقولي ابا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه
الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما
كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد
العين المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا
فاذا رأته من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا
قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث
وان كان نصفا فالنصف قال ويجوز ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به
مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي عليه السلام
ضحى بكبشين املحين موجوئين قال والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه
لا يخل بالمقصود واما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب
في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الهزال في اللحم فانتقص واما الهتماء
وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه
الاعتلاف به اجزأه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز
لان مقطوع اكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه
العيوب قائمة وقت الشرى ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه
غيرها وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشرى فلم يتعين به وعلى
الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعن
هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت
او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما
ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزأه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي
لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فكأنه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه
الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف لانه حصل
بمقدمات الذبح قال والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية
بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضوان الله عليهم قال ويجزي من ذلك كله الثني فصاعدا الا
الضأن فان الجذع منه يجزي لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح
الجذع من الضأن ولقوله عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضأن قالوا وهذا اذا كانت

عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضأن ما تمت له ستة اشهر
من مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن
سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجواميس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي
يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال واذا اشترى
سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر فقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزأهم وان كان
شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجه الفرق ان البقرة تجوز عن سبعة
لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا
لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة
الا ترى ان النبي عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس
من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى في حق القربة لم يقع
الكل قربة ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية
عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع
عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة
او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه
لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال ويأكل من لحم الاضحية
ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها
وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة من الثلث
لان الجهات ثلثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها
اثلاثا قال ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال
ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا بأس بان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا
وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير
اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع
الجلد واللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله
وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك
والقدرة على التسليم ولا يعطي اجر الجزار منها شيئا لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها
وخطمها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان
يجز صوف اضحيته فينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح

لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف قال والافضل
ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين بغيره واذا
استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة قومي فاشهدي اضحيتك فانه
يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة وهو ليس من
اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكوة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر
المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان افسادا قال واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما
اضحية الآخر اجزأ عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير
اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه عن الاضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان
يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا
ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه
ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون
اهلا للذبح آذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها لعوارض فصار
كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او
يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به
فيرتضيه ولعلمائنا من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع
جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك
اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه
او رفع الجرة واماله الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه فطبخه او ساق
الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل ما سقط على دابته فعطبت
لا يكون ضامنا في هذه الصور كلها استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا فنقول في مسئلة
الكتاب ذبح كل واحد منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها ويتأتى فيها
القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله
فيما فعل دلالة فان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء
يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل منهما ان يضمن صاحبه قيمة
لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما
وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها
ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها

لانه يضمنها بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه
تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رحمه الله نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا
قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على
فصول منها

فصل في الاكل والشرب

قال ابو حنيفة يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل
وقال ابو يوسف ومحمد لا بأس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح
فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب
في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب من اناء الذهب
والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة رضه بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال
نهانا عنه رسول الله عليه السلام واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في
معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره
ومراده التحريم وانما اطلق يستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب
والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما
لما ذكرنا قال ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي يكره
لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر
بغير الذهب والفضة قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة والركوب على السرج
المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه
يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف
يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء
المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمسجد
وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر
اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص
واما التمويه الذي لا يخلص منه شيء فلا بأس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء
فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع
فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال ومن ارسل اجيرا له
مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله
لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب
والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه

اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان
يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي
هولاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق
فلو لم يقبل قولهم يودي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك
هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا
قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا العدل ووجه الفرق ان المعاملات
يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يودي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها
عدلا كان او فاسقا كافرا او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج اما الديانات لا يكثر وقوعها
حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان
الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في
دارنا الا بالمعاملة ولا يتهيا له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول
المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي
ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الراي قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة
اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها
التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضا به ويتيمم ولو
كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رايه انه صادق يتيمم ولا يتوضا به وان اراق الماء ثم تيمم
كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن
ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضا به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما
في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل
وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي قال ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او غناء فلا
باس بان يقعد وياكل قال ابو حنيفة ابتليت بهذا مرة وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال
عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره كصلوة
الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا
اذا لم يكن مقتدى فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين
وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى ولو كان
ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم
الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لا يلزمه اجابة الدعوة بخلاف ما اذا

هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا
قول ابي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون **فصل في اللبس** قال ولا يحل للرجال لبس الحرير
ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له
في الاخرة وانما حل للنساء بحديث اخر وهو ما رواه عدة من الصحابة منهم علي رضي الله عنهم ان النبي عليه السلام
خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل
لاناثهم الا ان القليل عفو ومقداره ثلث اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روي انه عليه السلام
نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلث او اربع اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان
يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال ولا باس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره وفي الجامع الصغير
ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف
في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم
حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان
على بساط عبد الله بن عباس مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس
والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا باس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما
لما روى الشعبي انه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص
منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة لانه لا فصل فيما رويناه
والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح الا لضرورة
وما رواه محمول على المخلوط قال ولا باس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب
وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا
بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين
الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز باسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته حريرا
وسداه غير حرير فلا باس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا
قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه الا بالخاتم والمنطقة
وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف
وقد جاء في اباحة ذلك اثار وفي الجامع الصغير لا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر
والحديد والصفر حرام وراى رسول الله عليه السلام على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منكم رائحة الاصنام
وراى على اخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي
يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم

بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب

وقد اندفعت بالاول وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص

حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما يتختم

القاضي والسلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان يتركه لعدم الحاجة اليه قال ولا بأس

بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له قال

ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا بأس بالذهب

ايضا وعن ابي يوسف مثل قول كل واحد منهما لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ

انفا من فضة فانتن فامره النبي عليه السلام بان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة ان الاصل فيه

التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة

فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث انتن قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير

لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها قال

ويكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء او يمتخط وقيل

اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وصار كالتربع في الجلوس قال ولا بأس

بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من

عادة العرب قال شاعرهم لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي

انه عليه السلام امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان

فصل في الوطي والنظر والمس قال ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها

لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وقال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل

والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولان في

ابداء الكف والوجه ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا

تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف

انه يباح النظر الى ذراعها ايضا لانه قد يبدو منها عادة قال فان كان لا يأمن من الشهوة لا ينظر

الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينيه

الآنك يوم القيمة فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على انه

لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رأيه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها

وان كان يأمن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى

والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيمة وهذا

اذا كانت

اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزة لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام

خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم

وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضي استأجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجليه وتفلي

رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فان كان لا يأمن عليها لا تحل

مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها

لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة

عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء

واداء الشهادة لكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا

عما يمكنه التحرز وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح

لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امرأة فلا بأس بان

ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان

مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة

وينبغي ان يعلم امرأة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدروا يستر كل عضو منها

سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها

وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة

ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف لانه امارة المرض قال وينظر الرجل

الى الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته

الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست من العورة

خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي والركبة عورة خلافا لما يقوله الشافعي والفخذ عورة

خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله ابو بكر محمد

ابن الفضل الكماري معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافها وقد روي

ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي رضي

سرته فقبلها ابو هريرة وقال النبي عليه السلام لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة

ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم

العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة

ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب ان لج وما يباح النظر

للرجل الى الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء قال ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل

الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبي الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او كان اكبر رأيها انها تشتهي او شكت في ذلك تستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد قال وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك وزوجتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنه يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل اللذة قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهي بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بينا قال ولا بأس بان يمس ما جاز له ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش

وحرمة

وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر منه الى ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر رضي الله عنه اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة فيهن وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال ولا بأس ان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكر في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل وقال مشايخنا يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا لان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد انها اذا كانت تشتهي وتجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث

والاستبراء طلب براءة الرحم عن الحمل وهو نوعان مستحب وهو ان البائع يستبرئها اذا اراد بيعها وواجب على المشتري وعند مالك يجب الاستبراء على البائع صيانة لمائه اذ يحتمل انها علقت منه لنا ان ملك البائع وحقه قائم في الوطء فلا عذر منه وما قالوه من العتاقة يحصل باستبراء المشتري

دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة في الحقيقة ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر باطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشرى والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطيها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزئ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشرى او غيره من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزئ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشرى الفاسد قبل ان يشتريها شرى صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزئ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشرى ثم اسلمت المجوسية وعجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضي للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة او المؤاجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهي ولا

قوله وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة اي وجه قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يعني بسبيل الاشارة مما قالا في الشفعة وهو ان في هذا منع عن وجوب الاستبراء او دفع لثبوته فلا يكره الاحتيال في الاسقاط عند ابي يوسف ووجه قول محمد ان الاستبراء انما يجب صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط وصيانة للانساب عن الاشتباه فلو جاز الاحتيال في الاسقاط يلزم الاختلاط والاشتباه فيكره

ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطي حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا يحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطي والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم لانها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا يصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بيناه الاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلثة وعن محمد اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة قال ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والمأخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشرى ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشرى او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطي الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين وطيا لا يجوز لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطي بمنزلة الوطي في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطئهما ولو وطئهما ليس له ان يجامع احدهما ولا ان ياتي بالدواعي

فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة الآن يملك فرج الاخرى
غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك اراد به ملك
ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان
الوطي يحرم به وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا
لثبوت حرمة الوطي بذلك كله ورهن احديهما واجارتها او تدبيرها لا يحل الاخرى لانه
لا يخرجها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا
لا يباح له وطي الاخرى الا ان يدخل بها الزوج فيه لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح
الصحيح في التحريم ولو وطي احديهما حل له وطي الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا
فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه
وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي
ان النبي عليه السلام عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روي انه عليه السلام
نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا
الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة لا بأس به بالاجماع وهو الصحيح قال
ولا بأس بالمصافحة لانه هو المتوارث قال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت
ذنوبه

فصل في البيع

قال ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي
لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع
به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه لا ينتفع بها
مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد رحمه الله وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير
المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطه النجاسة قال ومن علم بجارية انها لرجل فرأى
آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطاها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع
له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه
او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق
لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة لما مر وان كان اكبر رأيه انه كاذب لا يسعه ان
يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن
اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن
ثقة يعتبر اكبر الرأي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان كان عرفها للاول
لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان

بشتريها

يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل
ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك
مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده
الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك
لا ملك له فيعلم ان الملك فيه لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة
يعتبر اكبر الرأي وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجز فلا بد من دليل ولو ان امرأة اخبرها
ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلثا او كان غير ثقة فاتاها بكتاب من زوجها
بطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رأيها انه حق يعني بعد التحري فلا بأس بان تعتد ثم
تتزوج لان القاطع طاري ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي
فلا بأس بان يتزوجها وكذا لو قالت مطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر
ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت
الجارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طاري ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا
او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان
او رجل وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج
باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل
على صحته وانكار فساده فيثبت المنازعة بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر
الزوج انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طاري والاقدام
الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت
جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت
انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا باع المسلم
خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان يأخذ منه وان كان البائع نصرانيا
فلا بأس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي
الثمن على ملك المشتري فلا يحل له اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في
حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه قال ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم اذا
كان ذلك في بلد يضره الاحتكار باهله وكذا التلقي فاما اذا كان لا يضره فلا بأس به والاصل فيه
قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع
ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف

ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذا التلقي على هذا
التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس
المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار
بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله
كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ثوبا او ذهبا او فضة وعن محمد رحمه الله انه قال
لا احتكار في الثياب فابو يوسف رحمه الله اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة
اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت
يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقوله عليه السلام من احتكر
طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل
والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين ان يتربص
العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان
قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة قال ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه
من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له
ان لا يزرع فكذا له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة لان حق العامة انما يتعلق
بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد رحمه الله
كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة
بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه يتعلق به حق العامة قال
ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض
الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا
اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته
وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره
على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا
فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة اهل الرأي والبصر
فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام
صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف
عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع ضرر عام

وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه
تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس بذلك
لانه يحتمل ان لا يستعمل في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه
خمرا لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية
تقوم بعينه قال ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد
فلا بأس به وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية
وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه
وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم
لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام
فيها بخلاف السواد قالوا هذا في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام
الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام
لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب
من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال ولا بأس
ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا بأس ببيع ارضها ايضا وهو
رواية عن ابي حنيفة لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة
قوله عليه السلام مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة
وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع
بخلاف البناء لانه خالص ملك البانى ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلام من آجر ارض مكة
فكانما اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج اليها سكنها
ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه
قرضا جر به نفعا وهو ان يأخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا
وينبغي ان يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء
على الآخذ مسائل متفرقة قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه
جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير
يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة
فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه

من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال ولا بأس بأن يدخل
اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رحمه الله يكره ذلك وقال مالك رحمه الله يكره في كل مسجد
للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو
عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل
بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عليه السلام انزل وفد ثقيف
في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقاده فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة على
الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال ويكره استخدام
الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال ولا بأس
بخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس وقد صح ان النبي عليه السلام
ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبه لما فيه من فتح بابه قال ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني
لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح ان النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره قال
ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه ومقعد
العز ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش
وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف انه لا بأس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث
لانه مأثور عن النبي عليه السلام روي انه كان في دعائه اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك
ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا
خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره ان يقول الرجل في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك
ورسلك لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل
لهو لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال
عليه السلام لهو المؤمن باطل الا الثلث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته
مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام
وهو محكي عن الشافعي ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكأنما غمس يده
في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام
ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به يسقط عدالته وان لم يقامر لا يسقط لانه متأول
فيه وكره ابو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة به بأسا ليشغلهم عما هم
قال ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وكره كسوته الثوب
وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد

ليس من اهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان حين كان عبدا وقبل هدية بريرة
وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين دعوة مولى ابي اسيد
وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو
من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس قال ومن كان
في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبض الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف على الصغار
انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال
القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال
الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاظآر وذلك جائز ممن يعوله
وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع
فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع
محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه
اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار
بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجر ابنها اذا كان في
حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم
ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا
فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق
عبده الراية ويروى الداية وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد
بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين
في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال ولا بأس بالحقنة
يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال
والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا بأس
برزق القاضي لان النبي عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا رضي الله عنه
الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان
الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون
كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها
ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ
الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال

وقبل الاخذ هو الصحيح صيانة للقضاء عن الهون ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع
زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا تدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول
السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ
من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو
على الاختلاف المعروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح
انه يجب الرد ولا باس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع
الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة
الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها
عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام ولا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية
بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال هذا ذكره القدوري
ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد انه يشترط ان لا تكون مملوكة لمسلم او ذمي مع انقطاع
الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف
مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك ترد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية
على ما قال شرطه ابو يوسف لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه
فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية
كذا ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده وشمس الائمة السرخسي اعتمد على ما اختاره ابو يوسف
ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه لقوله عليه السلام
من احيا ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة
قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به وما روياه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب شرع
ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام
كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء
الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني
احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان
الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك
وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على
التعاقب فعن محمد رحمه الله ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال

حقه

حقه قال ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة رحمه الله
اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا قال ومن
حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام منه ودفعها الى غيره لان الدفع كان الى الاول
ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث الخراج والعشر فاذا لم يحصل يدفع الى غيره تحصيلا للمقصود
ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا
يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط
ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان
يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه وزمان يرجع الى ما يحجره فقدرناه بثلث سنين لان
ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه
تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه
دون الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز
حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او خضد ما فيها من الحشيش والشوك
جعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئر
ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد انه احياء ولو فعل احدهما
يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين
ولو حوطها او سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال ولا يجوز
احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة
او دليلا على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز
ان يقطع الامام ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والابار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال
ومن حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده وباذنه
وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام
من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل جانب والصحيح انه
من كل جانب لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت للناضح فستون
ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع
وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه يحتاج فيه الى ان يسير دابته
للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من
التفاوت وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص

المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق
به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقى من العطن بالناضح
ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البئر فلا يحتاج الى زيادة
مسافة قال وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة
المسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء
ومن موضع يجري منه الى المزارع فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح
انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرناه في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل
وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في اراضيهم لصلابة بها وفي اراضينا رخاوة فيزاد
كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى
تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع فليس لغيره
ان يتصرف في ملكه فان حفر آخر بئرا في حريم الاولى للاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد
اخذ الثاني فيه قيل له ان يأخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في
دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح
ذكره في كتاب ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى
فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما والعذر
لابي حنيفة رحمه الله ان جعل الحفر تحجيرا او هو سبب الملك بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه
وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره فان حفر الثاني بئرا
وراء حريم الاولى فذهب ماء البئر الاولى لا شيء عليه لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من
الجوانب الثلثة دون جانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحه
وعن محمد انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء
لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة
فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس
شجرا في حريمها لانه يحتاج الى حريم له يجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث
قال وما ترك الفرات او دجلة وعدل عنه ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه
نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد
لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم
عند ابي حنيفة الا ان يقيم بينة على ذلك وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله له مسناة النهر يمشي

عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسئلة بناء على ان من احيا نهرا في ارض موات باذن
الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي
لتسييل الماء ولا يمكنه عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان
بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان القياس يأباه على ما ذكرناه وفي البئر عرفناه
بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم
ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه البناء
وهو انه باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم
استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان
كانت مسئلة مبتداة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب
الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس
والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما
والمصراع الآخر معلق على باب احدهما يقضي للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه
والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه
مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن ارضه والمانع
من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان
كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة ارض تلزق بها
وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة وقالا لصاحب النهر حريما لملقى
طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد احدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين
ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل
اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا
وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء
الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع
صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة وقال الفقيه ابو جعفر آخذ بقوله في الغرس وبقولهما
في القاء الطين ثم عن ابي يوسف ان الحريم مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد رحمه الله
مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس

فصول في مسائل الشرب فصل في المياه

واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم
والبهائم اعلم ان المياه اربعة انواع منها ماء البحار ولكل احد من الناس فيها حق الشفة

والمنبع والجامع تفويت حقه ولهم ان ياخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان
الامر بالوضوء والغسل فيه يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره حملا
بجراره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه
ونخيله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل
في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق
صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه
في ذلك او اعاره فلا باس به لانه حقه وتجري فيه الاباحة كالماء المحرز في انائه **فصل في
كري الانهار** الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه
ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل
بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري
لهم فيكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني
للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة
اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه
ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال
لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام
وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه
خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الآبي والا فلا لانه موهوم
بخلاف الكري لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي
كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما انفقوا
فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفعة كما اذا امتنعوا
جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة
وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل
لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه ولان المقصود من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل
لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح
غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما
ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد والاول اصح لان له رأيا في اتخاذ الفوهة
من اعلاه واسفله واذا جاوز الكري ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي

وحق سقي الارض حتى ان اراد ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع
بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني
ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق
وحق سقي الاراضي فان احيا واحد ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة
ولا يكون النهر في ملك احد له ذلك لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان
لا يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في ان يميل الماء الى هذا
الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحى عليه لان شق النهر
للرحى كشقه للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عم
الناس شركاء في ثلث في الماء والكلأ والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه الاول
وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي
اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى
كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه افضى الى حرج عظيم وهو مدفوع وان اراد رجل
ان يسقي بذلك ارضا احياها كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم
ولا ضرورة ولانا لو ابحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه
صار مملوكا بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة
الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا
لم يقطع يده ولو كان البئر او العين او الحوض او النهر في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة
من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد
يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفة او تتركه ياخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا
على قول الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفرها في ارض موات ليس له ان يمنعه لان الموات
كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو
يخاف على نفسه وظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة
والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد
ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا لانه
ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان ياتي على الماء كله بان كان جدولا
صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا ترد في
كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع

لانها الكرى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على اهل الشفة
من الكرى شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض
ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فتصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره
فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه
فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر
له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا
له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف
فيها نظيره في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر
اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق
وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر
لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى
النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل واحد منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه
اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم
ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى الا برضا اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع
مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها
لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء
ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا
ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر
خاص بين قوم واراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا
فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف
في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر
لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى
وكذا اذا اراد ان يؤخر فاها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد
دخول الماء فيه بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان
قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة
فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام

ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر
خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا
كان الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى
بالطريق الاولى وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك
شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه
الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى
تنشف بعض الماء قبل ان تسقى الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا
الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين
في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز الارض
ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة
بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك
وكذا لورثته من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما
يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك كله
حيث لا يجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من
شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى
يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح
عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون
ارض كما في حال حيوته وكيف يصنع الامام الاصح ان يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعهما باذن
صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين
وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف
الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اي ملأها
فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه
غير متعد فيه

كتاب الاشربة

سميت بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال
الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا
طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع
الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان مائيتها
وهي النيء من ماء العنب خاصة اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم

وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من
هاتين الشجرتين واشار الى الكرم والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل
مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي
غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية وانما سميت خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل
على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف
لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين والثاني اريد به بيان الحكم
اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهو الذي ذكره في الكتاب
قول ابي حنيفة وعندهما اذا اشتد لا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى
المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد ولابي حنيفة ان الغليان بداية الشدة وكمالها
بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي عن الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد
واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث
ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منه
حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا
والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد
اجماع الامة ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا يزداد لشاربه اللذة بالاستكثار
منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعي
يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام
لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه
والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم
لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها
وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها
والاصح انها مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فاداه من
ثمن خمر لا يحل له ان ياخذه ولا للمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة
على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي يؤديه عن ثمن الخمر والمسلم
الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس
حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد شاربها وان لم
يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه

فان عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد الاجماع من
الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين وتقديره ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها
لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان
الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي
وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من
ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف هو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل ذلك
حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي
انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب
ولهذا يجتمع عليه الفسقة فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء
من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون
منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة ويدل عليه
ما رويناه من قبل والاية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به
التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب
وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا
المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر
لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر منها ويجب بشرب قطرة
من الخمر ونجاستها خفيفة وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها
ويضمن متلفها عند ابي حنيفة خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط
تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه
لانها محرمة وعن ابي يوسف انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وقال
في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان
لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة
ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله
بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رحمه الله انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة
المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام
ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة وقوله الاول مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام
الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاه

الى هذه المادة من غير ان يخص دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك مروى عن ابن
عباس رضي الله عنه وابو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه
وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل مسكر
ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى
طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي
نذكره ان شاء الله تعالى ولا باس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة
ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب
وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي
انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والرطب والزبيب والبسر محمول على حالة
الشدة وكان ذلك في الابتداء ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال
وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام
الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل
يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو
الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه
من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا
لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك
المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة رحمه الله
اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة
الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه
حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي رحمهم الله حرام
وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد رحمه الله
مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر
خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة
منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام حرمت
الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر
اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه

يدعو لرقته

يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي
على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة
والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة فحكمه حكم المثلث
لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب
ثلث الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب
ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة وفي رواية عنه لا يحل
حتى يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر
ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان
يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا
وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر ونقيع الزبيب ادنى طبخة
ثم انقع فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس به
وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى فيه تغليب جهة
الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد
حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ ولا باس بالانتباذ في الدباء
والحنتم والمزفت لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل
ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه
فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلثا فيطهر وان
كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلثا ويجفف
في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا
خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها
او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعي يكره تخليلها ولا يحل الخل الحاصل به ان كان
التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيها فله في الخل الحاصل به قولان له
ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام
نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين
الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل
بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من
احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء

فاما علاه وهو الذى ينقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل
بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر فى الحال على ما قالوا
ويكره شرب دردى الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا
لا يجوز ان يداوى به جرحا او دبر دابة ولا ان يسقى ذميا ولا ان يسقى صبيا للتداوى
والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر
فلا باس به كما فى الكلب والميتة ولو القى الدردى فى الخل لا باس به لانه يصير خلا لكن يباح
حمل الخل اليه دون عكسه لما قلنا ولا يحد شاربه اى شارب الدردى ان لم يسكر وقال الشافعى
يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما فى الطباع من النبوة عنه فكان
ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار
كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها فى الاحليل لانه انتفاع
بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر فى مرقة لا تؤكل لتنجسها بها
ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابته الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه والله اعلم

فصل فى طبخ العصير الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن
ويعتبر ذهاب ثلثى ما بقى ليحل الثلث الباقى بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق
بالزبد يطبخ الباقى حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذى يذهب زبدا هو
العصير او ما يمازجه واياما كان جعل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة واصل اخر
ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته
يطبخ الباقى بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول
هو الماء والثانى العصير فلا بد من ذهاب ثلثى العصير وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب
ثلثاها ويبقى ثلثها فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقى ماء وعصير فصار
كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلى ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون
دورقا من ماء ففى الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفى الوجه الثانى
حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلناه والغلى بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما
ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار واصل اخر ان العصير اذا طبخ فذهب
بعضه ثم اهريق بعضه كم يطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تاخذ ثلث الجميع
فتضربه فى الباقى بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقى بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب
منه شئ فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم

ابريق

اهريق منه ثلاثة ارطال تاخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقى بعد المنصب
وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقى بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب
منه شئ وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال ما بقى
منه رطلان وتسعان وعلى هذا يخرج المسائل ولها طرق اخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية
الى تخريج غيرها من المسائل

كتاب الصيد قال الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد
والفعل مباح لغير المحرم فى غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله عز وجل وحرم عليكم
صيد البر ما دمتم حرما وقوله عليه السلام لعدى بن حاتم الطائى رض اذا ارسلت كلبك المعلم
وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تاكل لانه انما امسك على نفسه وان شارك كلبك
كلب اخر فلا تاكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد
الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه
من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب والاحتشاش ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان
احدهما فى الصيد بالجوارح والثانى فى الاصطياد بالرمى

فصل فى الجوارح قال ويجوز
الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازى وسائر الجوارح المعلمة وفى الجامع الصغير
وكل شئ علمته من ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطير فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى
ذلك الا ان يدرك ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب
فى تاويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدى رض
واسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابى يوسف انه استثنى من ذلك الاسد
والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الحداة
لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلوناه
من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون
عاملا فيترسل بارساله ويمسك عليه قال وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم
البازى ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو ماثور عن ابن عباس رض ولان بدن البازى لا يحتمل الضرب
وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازى
متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان آية
تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية
عن ابى حنيفة رحمه الله لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه
ثلاثا دل على انه صار عادة له وهذا لان الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار

كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخبار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على التعليم
دون القليل والجمع هو الكثير وادناه هو الثلاث فقدر بها وعند ابي حنيفة على ما ذكر في الاصل
لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف
اجتهادا بل نصا او سماعا ولا سماع فيفوض الى راي المبتلى به كما هو اصله في جنسها و
على الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد
تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف
المباشر في سكوت المولى وله انه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف
تلك المسئلة لان الاذن اعلام فلا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة. قال
واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات
حل اكله لما روينا من حديث عدي ولان الكلب والبازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة
الا باستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية
عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح
ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان
من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح
ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه
ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف انه لا يشترط رجوعا الى التأويل الاول
وجواب ما قلنا. فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل والفرق
ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رضه وهو حجة على مالك وعلى
الشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل منه الكلب. ولو انه صاد صيودا ولم ياكل منها ثم
اكل من صيد لا يؤكل من هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف
الروايات كما بيناها في الابتداء، واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه
لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز
في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد
تنسى ولان فيما احرزه قد امضي الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل
بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز
فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلها فاذا اكل تبين انه
كان من ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل

اجتهاد القاضي قبل القضاء. ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده
لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد
ولم ياكل منه اكل لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه
ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي لانه لم يبق
صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما
اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك
قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية. ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فاكلها
ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى
ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يؤكل
الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه
اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان
نهس البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع البضعة منه
فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله
وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا
البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم يثبت
قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة
فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه
يحل وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا راى الماء ولم يقدر على الاستعمال
ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن
اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية
في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما بقي في المذبوح لانه ميت
حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس
بمذبوح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق
لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار
وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه واما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان
ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما
اما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا

يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا الخلاف ما اذا ردّه المجوسي عليه
بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين
فعلي الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يردّه الكلب ولكنه اشتد على الاول حتى اشتد
على الصيد واخذه وقتله لا بأس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث
ازداد به طلبًا فكان تبعًا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان
ردّه عليه لانه لم يصر تبعًا فيضاف اليهما واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره
فلا بأس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب
ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء
عليه ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت
به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل من لا يجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية
عامدًا في هذا بمنزلة المجوسي فان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس باكله
لان الزجر مثل الانفلات لانه كان دونه حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف
فاستويا فصلح ناسخًا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمّى فادركه فضربه فوقذه ثم ضربه
فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح
لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوًا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبًا فوقذه احدهما وقتله الآخر
اكل لما بينا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على
الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال
من الثاني بعد خروجه عن الصيدية بجرح الكلب الاول

فصل في الرمي

ومن سمع حسًا ظنه حس صيد
فرماه او ارسل كلبًا او بازيا عليه فاصاب صيدًا ثم تبيّن انه حس صيد حل المصاب اي صيد
كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه
لا يثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلده وزفر رحمه الله خص منها ما لا يؤكل
لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالماكول فوقع الفعل
اصطيادًا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله
المحل لحمًا وجلدًا وقد لا يثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادًا صار كانه رمى الى صيد فاصاب
غيره وان تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد
والطير الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر
فاصاب صيدًا وفر الطائر ولا يدري وحشي هو او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش

الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله
عند ابي حنيفة وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او
بيّنة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم الآية استثناه مطلقًا من غير فصل وعند ابي يوسف
ان كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد رحمه الله ان كان يعيش فوق ما يعيش
المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه ولو ادركه ولم يأخذه فان كان في وقت
لو اخذه يمكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت
به والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل لانه كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة وقعت
موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد
وعندهما لا احتياج الى الذبح وان ارسل كلبه المعلم على صيد واخذ غيره حل وقال مالك لا يحل لانه اخذ
بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان المقصود حصول الصيد او
لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكن تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله على
صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع
بالارسال على ما بينا ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة ومن ارسل
فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة
فلا ينقطع الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدًا فقتله ثم اخذ آخر فقتله
وقد ارسله صاحبه اكلا جميعًا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهمًا الى الصيد فاصابه
واصاب آخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مرّ به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني
لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم
ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا
لم يمكث زمانًا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكن لما بيناه في الكلب ولو ان بازيًا
معلمًا اخذ صيدًا فقتله ولا يدري ارسله انسان اولا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال
ولا تثبت الاباحة بدونه قال وان خنقه الكلب ولم يجرحه لا يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية
على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة انه اذا كسر عضوًا فقتله لا بأس باكله
لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة ووجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببًا لانهار الدم
ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب
لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدًا لم يؤكل لما روينا في حديث عدي ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب
جهة الحرمة نصًا او احتياطًا ولو ردّه عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول

ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدرى ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستيناس
ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل فى رواية عن ابى يوسف لانه صيد وفى رواية
اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل
لانه لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمى اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات لانه
ذابح بالرمى لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة
ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه فى الذبائح قال وان ادركه حيا ذكاه وقد
بيناه بوجوهها والخلاف فيها فى الفصل الاول فلا نعيده ثانيا قال فاذا وقع السهم بالصيد
فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا
لم يؤكل لما روى عن النبى عليه السلام انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامى وقال لعل هوام
الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغى ان يحل اكله لان الموهوم فى هذا
كالمتحقق لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام فى طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد
عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذى رويناه
حجة على مالك فى قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة
سوى جراحة سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب
فى ارسال الكلب فى هذا كالجواب فى الرمى فى جميع ما ذكرنا قال واذا رمى صيدا فوقع فى الماء
او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل لانه المتردية وهى حرام بالنص ولانه احتمل
الموت بغير الرمى اذ الماء مهلك وكذا السقوط من علو يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدى رضى الله عنه
وان وقعت رميتك فى الماء فلا تاكل فانك لا تدرى ان الماء قتله او سهمك وان وقع على الارض
ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفى اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن
التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة
احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع
فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر او حائط او آجرة ثم وقع على الارض او رماه وهو على جبل
فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او على حرف آجرة لاحتمال
ان حدة هذه الاشياء قتلته ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه او على
ما هو فى معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه
عليه وعلى الارض سواء وذكر فى المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت

بسبب آخر

بسبب آخر وصححه الحاكم رحمه الله وحمل مطلق المروى فى الاصل على غير حالة الانشقاق وحمل
شمس الائمة السرخسى رحمه الله على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروى فى الاصل
على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو وهذا اصح وان
كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس فى الماء اكل وان انغمست لا يؤكل كما اذا وقع فى الماء
وما اصابه المعراض بعرضه لم يؤكل لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه
فلا تاكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال ولا يؤكل ما اصابته البندقة
قالوا تاويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل
لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه قتله بجرحه
ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان راسه
او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك او لعله مات
قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه قتله ثقلا لا جرحا اللهم الا
اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا باس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل فى هذه المسائل
ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل
بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا
وان رماه بسيف او سكين فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض
السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح فان كان
الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتاخرين سواء كانت الجراحة
صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء
لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة
حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منها الدم قيل لا
يحل وقيل يحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان
ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه قال واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد
لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال الشافعى رحمه الله اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة
الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت
لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحى فهو ميت ذكر الحى مطلقا فينصرف
الى الحى حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حى حقيقة لقيام الحياة فيه
وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع فى الماء وفيه

حيوة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين الذكاة فلا يحل ولو توهم لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي
وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحيوة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا
الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك
بان يبقى في المبان منه حيوة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما ولهذا لو وقع
في الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من الجبل او السطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع
يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الراس يحرم المبان ويحل المبان منه
لانه يتوهم بقاء الحيوة في الباقي ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع
نصف راسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء
الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين منه ميت الا ان ميتته حلال
بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان راسها يحل لقطع الاوداج ويكره
هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت
حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام
والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا
بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني قال ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني
لانهم ليسوا من اهل الذكاة على ما بينا في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني
واليهودي لانه من اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم
يثخنه ولم يخرجه من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني لانه هو الآخذ وقد قال عليه السلم
الصيد لمن اخذ وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يؤكل لاحتمال الموت
بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت
الرمية الاولى بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الرمي
الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان
راسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي
الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش
يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحيوة لا معتبر بها
عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه
والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل قال والثاني ضامن لقيمته
للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص

بجراحته

بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه وهذا اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان
الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا
الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا
وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته
جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه
جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين
فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى
ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمية الاولى
صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه
ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب
في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه
ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل
من الحيوان لاطلاق ما تلوناه والصيد لا يختص بماكول اللحم قال الشاعر صيد الملوك ارانب وثعالب
واذا ركبت فصيدي الابطال ولان صيده سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع
شره وكل ذلك مشروع والله اعلم

كتاب الرهن

الرهن في اللغة حبس الشيء باي سبب كان
وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى
فرهان مقبوضة وبما روي انه عليه السلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه بها درعه وقد
انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف
الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن
الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه
ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه
عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به
الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر
عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية
لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يثبت في المنقول
الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشرى لانه ناقل للضمان من البائع
الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح قال واذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا مميزا

ثم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه
وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله قال فاذا
سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي هو امانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه
لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال معناه لا يصير مضمونا
بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا
لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذ الحق
به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الراهن
عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت
قيمة الرهن بعد ما هلك الرهن واجماع الصحابة والتابعين على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في
كيفيته فالقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس
الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو
ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال
قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء
ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان يكون موصولا اليه وذلك ثابت بملك اليد
والحبس ليقع الامن عن الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع
فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك ثبت الاستيفاء من وجه
وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه ينتقض
هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور
والاستيفاء يقع بالمالية اما العين فامانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حيوته
وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشري اذا اشتراه المرتهن لان العين
امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة
وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن
محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا
بالبيع فيخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية
المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس
على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعيينه للبيع وسنبينها في اثناء
المسائل ان شاء الله تعالى قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء

والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بعينها
فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين
مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا يصح الكفالة به وان كان لا تجب الا بعد الهلاك
ولكنه تجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود
سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة
وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار
المرتهن مستوفيا لدينه حكما وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع
به الاستيفاء وذلك بقدر الدين وان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن
بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر رحمه الله الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك
الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمسمائة والدين الف يرجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له
حديث علي رضي الله عنه انه قال يترادان الفضل في الرهن على الدين ولان الزيادة على الدين
مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وابن
مسعود رضي الله عنهم ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا توجب الضمان الا بالقدر المستوفى كما في حقيقة
الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان
والمراد بالتراد فيما روي حالة البيع فانه روي عنه ان المرتهن امين في الفضل قال وللمرتهن
ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع
المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم
واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان
يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن
وهو محتمل واذا احضره امر الراهن بتسليم الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا
للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد
الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذا الجواب لان الاماكن كلها في
حق التسليم كمكان واحد فيما لا حمل له ولا مؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في
باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا
نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم
يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو
طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا

تعد من في عياله او اودع غيره وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله
في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على
مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن
لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك
سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس
عادة فكان من باب الحفظ وكذلك الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه
لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلثة فتقلدها لم يضمن في الثلثة وضمن في السيفين لان العادة
جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان
كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال واجرة
البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة
الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان
في الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته
عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في ماكله ومشربه واجرة الراعي في معناه
لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وكري النهر وسقي البستان
وتلقيح نخيله وجداده والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه
فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه
وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان كراء المأوى
على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه يحتاج
الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة
الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة
لانه امانة في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع منها
فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها يجب على المرتهن وان
كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل
انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراح والقروح ومعالجة الامراض والفداء
من الجناية ينقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك والعشر
فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه
بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب

اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين
ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل ولان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن
لانه هو العاقد فيرجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف
لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه
مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطاء حتى قضى بالقيمة على عاقلته
في ثلث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن
فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم
صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامره ان يودعه غيره
ففعل ثم جاء المرتهن فطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع
على يدي غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن
دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين
لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن
ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن
على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق
استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به قال واذا كان الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه
من البيع حتى يقضيه الدين لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين لما بينا ولو قضاه البعض
فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل له
سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم بوصول الحق الى المستحق فلو هلك قبل التسليم
استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني
استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل
الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك
في يده يسقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن
لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع
وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يواجر ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع
بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي
قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال معناه
ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان حفظه

بغير من في

على الآخر بأمر القاضي رجع عليه كان صاحبه أمره به لأن ولاية القاضي عامة وعن أبي حنيفة
أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضرا وإن كان بأمر القاضي وقال أبو يوسف يرجع في الوجهين
وهي فرع مسألة الحجر

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي يجوز ولنا فيه وجهان أحدهما ينبني على حكم الرهن
فإنه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع
يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع
إلا مقبوضا بالنص أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل
ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي إليه إلا استحقاق الحبس ولو جوزناه في المشاع يفوت
الدوام لأنه لا بد من المهايأة فيصير كما إذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل
القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لأن المانع في الهبة غرامة
القسمة وهو فيما يقسم أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وهنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء
والمشاع لا يقبله وإن كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لأنه لا يقبل حكمه على الوجه الأول
وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كأنه رهن يوما ويوما لا والشيوع
الطاري يمنع بقاء الرهن في رواية الأصل وعن أبي يوسف أنه لا يمنع لأن حكم البقاء أسهل
من حكم الابتداء فأشبه الهبة وجه الأول أن الامتناع لعدم المحلية وما يرجع إليه فالابتداء
والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لأن المشاع يقبل حكمها وهو الملك
واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة إلى اعتباره في حالة البقاء
ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال ولا رهن ثمرة على رؤس
النخيل دون النخيل ولا زرع الأرض دون الأرض ولا رهن النخيل في الأرض دونها لأن المرهون
متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع وكذا إذا رهن الأرض دون النخيل أو دون
الزرع أو النخيل دون الثمر لأن الاتصال يقوم بالطرفين فصار الأصل أن المرهون إذا كان
متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لأنه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن أبي حنيفة أن رهن الأرض بدون
الشجر جائز لأن الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الأشجار بمواضعها بخلاف ما إذا رهن
الدار دون البناء لأن البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الأرض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن
النخيل بمواضعها جاز لأن هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمرة تدخل في الرهن لأنه تابع
لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لأن بيع النخيل بدون الثمر جائز فلا ضرورة إلى
إدخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لأنه ليس بتابع

بوجه ما

بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الأرض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة ويدخل البناء
والغرس في رهن الأرض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه
إن كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته وإلا بطل كله لأن الرهن حصل كأنه
ما ورد إلا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن ومتاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون
ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لأنه شاغل لها بخلاف ما إذا رهن
الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما إذا دفعها إليه لأن الدابة مشغول به فصار كما إذا رهن متاعا
في دار أو وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما إذا رهن سرجا على دابة أو لجاما في رأسها ودفع الدابة
مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه إليه لأنه من توابع الدابة بمنزلة
الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال ولا يصح الرهن بالأمانات كالودائع والعواري
والمضاربات ومال الشركة لأن القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت
ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح بالأعيان المضمونة بغيرها
كالمبيع في يد البائع لأن الضمان ليس بواجب فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط
الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فأما الأعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضمونا بالمثل
أو بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها
لأن الضمان متقرر فإنه إن كان قائما وجب تسليمه وإن كان هالكا يجب قيمته فكان رهنا بما
هو مضمون فيصح قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة والفرق أن الرهن
للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب وإضافة التمليك إلى زمان في المستقبل لا يجوز أما الكفالة فلالتزام
المطالبة والتزام الأفعال يصح مضافا إلى المآل كما في الصوم والصلاة ولهذا تصح الكفالة
بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك أمانة لأنه لا عقد
حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم
وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار
الحاجة ولأنه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض
على سوم الشراء فيضمنه قال ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر
لا يجوز لأن حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيهما مسدود ولنا
أن المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال والرهن
بالمبيع باطل لما بينا أنه غير مضمون بنفسه فإن هلك ذهب بغير شيء لأنه لا اعتبار للباطل
فبقي قبضا بإذنه وإن هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم

وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطل لفوات القبض
حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه
فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه لانه
بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ
يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع
واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون
يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن
ثم لو هلك المشترى في يد المشتري يهلك بقيمته فكذا هذا قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب
وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية
في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونه
لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن
ولا يجوز بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون لانه غير
مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن
مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي
لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما
اذا غصبها وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا
جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم اما الميتة فليس بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها
فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين قال ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا او اشترى خلا او
مذبوحة ثم ظهر العبد حرا والخل خمرا والشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب
ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا
صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف
خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير
لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة
ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا
وعن ابي يوسف وزفر انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق
على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال
وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن

مستوفيا

مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب او الوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله
وكذلك لو سلط المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا واصل هذه المسئلة البيع
فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما
وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة وكذا الوكيل بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته
من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز
لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد
كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه او من هذين او رهن
عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا
يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن
من ابنه الصغير ومن عبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير
وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه
ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به
متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك
لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان
والرهن لانه ايفاء واستيفاء فاذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب
ليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه
بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في
مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان
يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين
على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه
دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي
الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي
لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله
بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما نبينه ان شاء الله تعالى والمال
دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد في هذه الاستعارة
اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال
في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله في حاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي

ضامن للقيمة لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال في حق الصبي بالاستعمال في
حاجة نفسه فيقضي به الدين ان كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداها الى المرتهن ولا يرجع
على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته
اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة
لا غير ولو كانت قيمته اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان
لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده
ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولو انه غصبه فاستعمله لحاجة
الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة
الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار
اذا اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما ان له ولاية
الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن باخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير
لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين ياخذ دينه
منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون
لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين
وان اختلفا في الجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة لان عنده يصير مستوفيا باعتبار
الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير
فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال معناه ان تكون قيمته مثل
وزنه او اكثر هذا الجواب في الفصلين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن
وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين
مستوفيا فان كانت قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء
بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين
بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال
الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء
بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب ومطالب
وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى
الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح على ما هو المشهور لان
محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذا مع ابي يوسف والفرق لمحمد انه قبض الزيوف ليستوفي

من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل
آخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول
وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه
الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى ان يفتكه
مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من خلاف
جنسه ويكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا
وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك
مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك يصير مضمونا بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه
قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة
وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثاني
وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا او رديا من خلاف جنسه
ويكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد لانه يعتبر حالة
الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته
اكثر من وزنه اثني عشر عند ابي حنيفة يضمن قيمته ويكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده
لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه
فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة
وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه
يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا فعنده تعتبر الجودة
والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة
في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة
بجنسها سمعا فاذا امكن اعتبارها وفي بيان قول محمد نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات
مع جميع شعبها قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس
ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس
فقبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن
للاستيثاق وانه يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا او كان الكفيل
غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان

غائبا فحضر في المجلس وقبل صح فلو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر رحمه الله
يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزم
بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات
ولكن البائع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه
وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن
رهنا لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة قال ومن اشترى شيئا بدراهم فقال للبائع
امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو
الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل
حوالة والحوالة في ضده كفالة وقال زفر رحمه الله لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف
لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال
امسكه بدينك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء
علم ان مراده الرهن **فصل** ومن رهن عبدين بالف فقضى حصة احدهما لم يكن له
ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما
وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء
الدين وصار كالمبيع في يد البائع فان سمى لكل واحد من عيني الرهن شيئا من المال الذي رهنه
به فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول
ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع ووجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان
احد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر الا ترى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز قال وان رهن
عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان
الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا
بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين
حيث لا يجوز عند ابي حنيفة قال فان تهايئا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر
والمضمون على كل واحد منهما حصته لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا لدينه اذ
الاستيفاء مما لا يتجزى قال فان ادى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد
منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته قال واذا رهن رجلان
بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي
جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة

على رجل

على رجل انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه
رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله
رهنا بهذا وكله رهنا بذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية
ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر
ولا يقال انه يكون رهنا لهما كانهما ارتهناه معا اذا جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات
هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته
حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره
في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمد رحمه الله اخذ به
لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك امانة لان الباطل لا حكم له قال ولو مات الراهن والعبد في
ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفناه كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا
يبيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف
لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل
للشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة
الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره فصار
كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعته اختان النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت
البينتان في حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام والله اعلم

باب الرهن يوضع على يدي العدل قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز
وقال مالك رحمه الله لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه
عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة
وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا
لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين
كالمودع قال وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده
وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده
هلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن
او الى المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما
اجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى
الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه

بصير قاضيا مقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على ان يأخذ باثمنه ويجعلاه رهنا عنده
او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى
الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن
ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان ضمن بالدفع الى المرتهن
فالراهن يأخذ القيمة منه لان العين لو كان قائما في يده يأخذه لان العين لو كان قائما
في يده يأخذه اذا ادى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل قال
واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة لانه
توكيل ببيع ماله وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل
لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه
لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار
كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة
ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله لم
لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه
لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة
كما يبيعه في حال حيوته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا
يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة
ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برايه
لا براي غيره وعن ابي يوسف رحمه الله ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه
الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار رأس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها
لما انه لازم بعد ما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف
المضاربة لانه حق المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضى الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه
وليس للراهن ان يبيعه الا برضى المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن
على تسليمه بالبيع قال فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن
غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة
وغاب الموكل فابى الوكيل ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني ان فيه اتواء الحق
بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر
على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن

وانما شرط

وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف
ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل واذا باع
العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه وان كان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه
مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع
المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية
وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد
فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما ودما قال واذا باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق
الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن المرتهن الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره و
هذا لان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء
ضمن الراهن لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن
الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه امره ببيع ملك نفسه وان
ضمن البائع نفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل
فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه
من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان
يكون قائما في يد المشتري فللمستحق ان يأخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان
يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فيتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع
وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي
ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء
رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا
رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن
الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقي
الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة
يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن او لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع
في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع
على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه لا
بهذا ذكر الكرخي رحمه الله وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال وان مات العبد المرهون
في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن

لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه
باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن المرتهن رجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه
مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان
قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين
انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابي حازم القاضي رحمه الله
والجواب انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه
وكيل منه والملك بهذا ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار
القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه
في كفاية المنتهي

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف
على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله تتوقف على اجازة الورثة
فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه
وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف
الصادر من الاهل في المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه
تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون المرهون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل
حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه
انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن
بمنزلة الملك فكان له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له
انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا
فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر
الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق
العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك ههنا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه
بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ
والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم
آجر او رهن او وهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق وهو ان
المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما
لا حظ له في هذه العقود لانه لا بدل له في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل

العين

العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ
البيع الاول فوضح الفرق قال ولو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي
لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا
كان موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستأجر
لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملكه
فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض واعتق الآبق والمغصوب
ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه
في الرقبة باعتاقه تزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك
الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بالطريق الاولى وامتناع النفاذ
في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو
بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة فاذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك
ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة
تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد
وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة واذا حل
الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى
به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى عين حقه من جهة المعتق يرجع
الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رحمه الله وتأويله اذا كانت القيمة اقل
من الدين اما اذا كان الدين اقل نذكره ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه
قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق
لانه يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وههنا يسعى في ضمان
على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رحمه الله اوجب السعاية في المستسعى
المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت
للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقة الثابت للشريك الساكت فوجبت السعاية هناك
في حالة واحدة اظهارا لنقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري
حيث لا يسعى للبائع الا رواية واحدة عن ابي يوسف والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس
اضعف لان البائع لا يملكه في الآخر ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة
من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى تمكنه الاسترداد

فلو اوجبنا السعاية فيما يسوينا بين المحقين وذلك لا يجوز ولو امر المولى برهن عبده
بان قال له ارهنك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر رحمه الله
وهو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول تعلق الحق في حال ملك المعتق فيه لقيام
ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال ولو دبره الراهن صح تدبيره
بالاتفاق عندنا ظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على اصلكم ولو كانت امة
فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية
الابن فيصح بالاعلى واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما
فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا
استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث
يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه
وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره
لانهما اديا من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين
اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته قنا لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر
العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضي به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه
بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع
على مولاه لانه ادى من مال المولى قال وكذا لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف
والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه
فياخذ القيمة فتكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام
مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة
ويوم رهن الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فكان الحكم في الخمسمائة
الزيادة كانها هلكت بآفة والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الهلاك لان القبض
السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن
والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل لان الضمان
بدل العين فاخذ حكمه واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه
لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل رده على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن
وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجبت بالاستهلاك
خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره و قيمته

يوم القبض

يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو
قيمته يوم اتلف قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان
المرتهن لمنافاة بين يد العارية وبين يد الرهن فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء
لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان
في الحال الا ترى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر
الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا ترى
ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا
اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته وكذا لو اعاره احدهما
اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان
لان لكل واحد حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من الاجنبي اذا باشرها
احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدإ ولو مات الراهن قبل الرد
الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به
حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن
ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذلك اذا هلك
بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية
بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن المرتهن بالاستعمال قال
ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد
فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن
ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا
في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر
منه ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه
وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك
التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسير البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت
الاشخاص في الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم
عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء
ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وان وافق
بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن بطل المال

يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى
بها عبد يقوم مقامه قال وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان تكون
الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه
وجناية الرهن على الراهن وعلى المرتهن وعلى ماله هدر وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال اولا فاما الوفاق فلانها جناية
المملوك على المالك الا ترى انه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه
لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية
على غير مالكه فاعتبرت ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير المالك وفي الاعتبار
فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه
بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية
لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان
مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين
سواء لانه لا فائدة في اعتباره لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين
فعن ابي حنيفة انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة
على المستودع وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا
بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن وعلى ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية
على الاجنبي قال ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف درهم الى اجل فنقص في السعر فرجعت
قيمته الى مائة ثم قتله رجل خطأ وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء
عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين
عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان
نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار
ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه
اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي رهنا بكل الدين فاذا
قتله حر غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت
واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد
على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه
ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد المرتهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر قيمته

عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا
دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان اصابه
عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه وان كانت
قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء
بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بينا ولو كانت قيمته
مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير
متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي
اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب
ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان
عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بيناه ولو اختلفا في ذلك فالقول قول
الراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين ولو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن
به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار اصله فكذا في انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين
موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء
يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية
الرهن باستيفائه من المرتهن سلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه
المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم
يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق ويكون
رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيرده الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين
ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد وركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال
مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ
من الضمان حين رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا افتك
الرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن
لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك
وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من
الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن يحصل مقصود الامر وهو الرجوع عليه عند الهلاك
وتحقق الاستيفاء قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم و
تعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت

كانت في الابتداء الفاً فيصير مستوفياً الكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفياً
الالف بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفياً المائة ويبقى تسعمائة في العين فاذا هلك
يصير مستوفياً تسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفياً الكل
بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا قال واذا امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء
من حقه ويرجع بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه
ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذلك ههنا قال وان قتله
عبد قيمته مائة فدفع اليه مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر
يصير رهناً بمائة له ان يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلاً بقدر
العشر فيبقى الدين بقدره وللصاحبين رحمهما الله على زفر ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحماً ودماً
ولو كان الاول قائماً وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام
المدفوع مكانه ولمحمد رحمه الله في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا
قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما
ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحماً ودماً كما ذكرناه مع زفر وعين الرهن
امانة عندنا فلا يجوز تملكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف
البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع
ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على
هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع لانه
لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان
الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد
او افده بالدية لان الملك في الرقبة قائم له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن
الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط
الدين لانه استحق بمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل
له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انساناً او استهلك مالاً حيث
يخاطب الراهن بالدفع او الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن
ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء فان فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك
العبد المرهون مالاً يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما

في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين
المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه
لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء
ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة
استحقت بمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل منه سقط
من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهناً كما كان ثم ان كان دين المرتهن
قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان لم يحل امسكه حتى يحل فان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم
اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق
برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب
عليه بفعله وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه
لان النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة
على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن
لما بيناه وانما منه الرضا به فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راهناً كان او مرتهناً اما
المرتهن فليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن
وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه
ان لم يكن مضموناً فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفدي
واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء
متطوعاً في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه
والحالة هذه كان متبرعاً وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور وسنبين
القولين فيه ان شاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن
نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء
متطوعاً ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين
بقدر نصف الفداء وكان العبد رهناً بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه
الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصاً بدينه كانه اوفى بعضه فيبقى
العبد رهناً بما بقي فلو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائباً
لم يكن متطوعاً وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله المرتهن
متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن

حاضرا لكن مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا تتعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة ولا يكون متبرعا

قال واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لوصيه وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي ويبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل

ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك لما بينا ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع

قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك هلك بغير شئ لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شئ اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن به لما ذكرنا وتخرج المسائل على هذا الاصل وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتمامه في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب

فلاضمان

فلاضمان عليه في شئ من ذلك لان الاباحة يصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط شئ من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فكان له حصته من الدين فبقي بحصته وكذا ولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس

قال وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصير الرهن رهنا بها وقال ابو يوسف تجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض الف والدين الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بالقيمتين وفي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام

قال فان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا آخر قيمته الف مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الآخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول

احدهما فيه لابد خولها فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد فاخذها فان الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر رحمه الله لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق انه بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه قائم فاذا هلك تقرر الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذا اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه او ما يجب عليه لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله اعلم

كتاب الجنايات

القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك الاثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر

والعقوبة لا تشرع لها دون ذلك قال الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضاء القاتل وهو قول الشافعي الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب والمروي من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتعين بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطأ فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث للقاتل قال وشبه العمد عند ابي حنيفة ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما انه يقصد به غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا وتجب في ثلث سنين لقضية عمر رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي على العاقلة في ثلث سنين لما بينا والاثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه

انما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد بالاجرب موضعا من جسده فاخطأ واصاب موضعا
آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه الى العمد وجميع البدن
كالمحل الواحد قال وما اجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع
واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة
لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به
حرمان الميراث وقال الشافعي يلحق بالخطأ في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه
حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت
على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها
لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة باب ما يوجب
القصاص وما لا يوجب قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا
اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التأبيد فلينتفي شبهة الاباحة وتتحقق المساواة قال ويقتل
الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن
ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك
والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يتساويان وبخلاف العبد
يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين
او بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص
تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن
بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام
قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف والدار والمبيح كفر المحارب
دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد
في عهده والعطف للمغايرة قال ولا يقتل المسلم بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد
وكذا كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن
بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير
والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت
فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام
لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه
فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا

وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال والنساء وان علا
في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب او الام قربت او بعدت لما بينا
ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده
لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص
لا يتجزى قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة قال ولا يستوفى القصاص الا بالسيف
وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص
على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء
الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم قال واذا قتل
المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا او الملك
ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له
وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو
معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به
بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث
غير المولى فلا قصاص لهم وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا
والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف
الاول لان المولى متعين فيهما فان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى
في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا قتل ولم يترك
وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع
الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين
فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل لانه
من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح وله ان يصالح
لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا
لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من
قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن
الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل
منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب

الضربات بالسوط الصغير والعصا الصغيرة لا يجب به القصاص وقال الشافعي يجب القصاص اذا والى الضربات على وجه لا يحتمل النفس
لانه القصد الى القتل ولنا انه لا يصح دلالة القصد الى القتل لانه قد شرع حدا او تعزيرا في مواضع لا يكون القتل مشروعا فيه
القصد لم يشرع في موضع لا يكون القتل مشروعا ولان احتمال حصول القتل بالضربة الاولى والثانية قائم لان من الجائز
ان يفضي الى فوات الحيوة فلا يدل على صفة العمدية لان الضربة والضربتين يراد بهما التاديب غالبا لا القتل ويحتمل
بالموالاة بكل الضربات فيكون القتل بصفة العمدية فيتمكن هذا الاحتمال يوجب تمكن الخلل في العمدية فلا يجب القصاص
دارئة والدليل عليه الحديث الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا ولم يفصل بين الموالاة وعدمها
هو القتل بالموالاة فيحمل عليه

بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان
الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف
كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف
في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي
له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا
القاتل عند ابي حنيفة وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن
استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراك الصغار
كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين وله انه حق لا يتجزى لثبوته بسبب
لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد كملا كما في ولاية الانكاح
بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولين ممنوعة قال ومن ضرب
رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رضي الله عنه وهذا اذا
اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية
عن ابي حنيفة اعتبارا منه للالة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما بيناه ان شاء الله
وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة
وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف
ابي حنيفة على ما بيناه وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهو مسئلة الموالاة
الموالاة في الضربات له انه دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل خطا
العمد ويروى شبه العمد الحديث وكان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتاديب او لعله
اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة
دارئة للقود فوجبت الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي غير ان عندهما يستوفى حزا وعنده يغرق كما بيناه من قبل لهم قوله
من غرق غرقناه ولان الالة قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولا مراء في العصمة وله قوله عليه السلام
الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطا ارش ولان الالة غير معدة للقتل ولا
مستعملة فيه لتعذر استعمالها فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه
يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر
وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع

اذ هو محمول على السياسة وقد اومئ اليه باضافته اليه فيه واذا امتنع القصاص وجبت
الدية وهي على العاقلة وقد ذكرنا اختلاف الروايتين في الكفارة قال ومن جرح رجلا
عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر
فاضيف اليه قال واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما على ظن انه مشرك
فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطا على ما بيناه والخطا بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة
وكذا الدية على ما نطق به الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة قضى رسول الله
عليه السلام بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط
عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره
اسد واصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد
لانه هدر في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الاخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر
عن ابي حنيفة ومحمد يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح سير الكبير ذكر في
الصلوة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا فكانت جنسا
آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والاخرة فصارت ثلثة اجناس فكان النفس تلفت بثلثة
افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية فصل ومن شهر على المسلمين
سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد احل دمه ولانه باغ فتسقط
عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد رحمه
في الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر
وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او
نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث
فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وان كانت تلبث لكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر
الى دفعه وكذا في النهار في غير مصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا
فان كان عصا لا تلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما قال وان شهر المجنون على غيره سلاحا
فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة
وعن ابي يوسف انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي انه قتله دافعا
عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف
ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققا
يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا

للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما حقا
للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كان عصمتهما لعدم اختيار صحيح ولهذا
لا يجب القتل بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص
لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم
قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج عن ان يكون محاربا
بالانصراف فعادت عصمته قال ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله
فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا
في الانتهاء وتأويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل باب القصاص فيما
دون النفس ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد
المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه
يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد
وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك قال وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن
لامكان رعاية المماثلة قال ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع المماثلة
في القلع وان كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب
تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو مأثور
عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم قال وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان
سن من يقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال وفي كل
شجة يتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا قال ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ
مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولان
اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد
ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان قال وليس فيما دون النفس شبه العمد انما هو عمد او خطأ
لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف
اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس
ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد
فيعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف
التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله بخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح

ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الارش
قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار
المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا الثاني نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا
قال واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء
قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر
فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف
ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت
المؤفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء له عندنا لان حقه متعين في القصاص
وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من سرقة او قصاص
حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى قال ومن شج رجلا
فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص
بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها شينا فيزداد
الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه
قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيتخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يتخير ايضا لانه يتعذر
الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته
الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال ولا قصاص في اللسان
ولا في الذكر وعن ابي يوسف انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض
وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان يقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع
بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعرف مقداره بخلاف الاذن اذا قطع
كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها
بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها

فصل واذا اصطلح القاتل واولياء المقتول على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان
او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله عم من قتل له قتيل الحديث
والمراد والله اعلم الاخذ بالرضاء على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه
الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل
والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا
ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية

لانهما ما وجبت بالعقد قال وان كان القاتل حرا او عبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان
يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما
واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم
نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي
في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه
عليه السلام امر بتوريث امراة اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث
حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت
لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه
وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا او صلحا ومن ضرورة
سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين
وعفا احد الوليين لان الواجب قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد
لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع بمعنى راجع الى القاتل وليس
للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال زفر
يجب في سنتين فيما اذا كان بين شريكين فعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا
قطعت يده خطا ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذلك بعضه والواجب
في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة
واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالا عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل
بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء قال واذا قتل
واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد قتل له وسقط
حق الباقين وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم
وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات
والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع
ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص
ولانه وجد من كل واحد جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزى ولانه
شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفي به قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات
سقط عنه القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي
اذ الواجب احدهما عنده قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما

نصف الدية وقال الشافعي تقطع يداهما والمفروض اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى انقطعت
له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او تجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد
منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزي فيضاف الى كل واحد منهما
البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث
والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث
قال وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد يميني رجلين فحضرا
فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب
وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن
بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فيرجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب
الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي لا يظهر
الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل وصار
كما اذا قطع العبد يميني رجلين على التعاقب فتستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده
فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى
لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا قال واذا اقر العبد
بقتل العمد لزمه القود وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر
بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا
بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به
ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته
لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطا كانه رمى صيدا فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد
الاثر فصل ومن قطع يد رجل خطا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا
ثم قتله خطا او قطع يده خطا فبرئت ثم قتله خطا او قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه
يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل
في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن
الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف
حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا
خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفي بدية واحدة وان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل
ان تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة

قوله وفاقاً اي اتفاقاً وهو في موضعين احدهما هو ان العفو عن القطع وما يحدث منه كان عفواً عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان القطع خطاً والثاني ان العفو عن الجناية كان عفواً عن الدية ايضاً قوله وخلافاً اي اختلافاً وهو في موضعين ايضاً احدهما هو ان العفو عن القطع مطلق يكون عفواً عن الدية عندهما فيما اذا كان القطع خطأ وعند ابي حنيفة يكون عفواً عن ارش اليد لا غير والثاني ان العفو عن الشجة كان عفواً عن الدية اذا سرت الشجة عندهما وعند ابي ح عن ارش الشجة ف

وقالا يقتل ولا يقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب هو القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر ولان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القتل والقطع فقصاصان يجتمعان قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة وعن ابي يوسف في مثله حكم عدل وعن محمد انه يجب اجرة الطبيب وان ضرب مائة سوط وجرحته وبقي لها اثر يجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال ومن قطع يد رجل فعفا المقطوع يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه او عن الجناية ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمداً فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة وله انه سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصوم متقوم والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانها اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا اذ لا يتأتى اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال

وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث عنه فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما بيناه لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء فان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل ترده الورثة عليها وان كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش في اليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال وان تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء له عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان يرجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه وقال ابو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود اذا استوفى طرف من عليه القود وعن ابي يوسف انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه

المستحق اتلاف النفس بجميع اجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما براء او ما عفا
وما سرى او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع
اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع ولابي حنيفة انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة
فكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط
وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك
القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو والاعتياض لما انه تصرف
فيه فاما قبل ذلك فلا يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف
وما سرى فلانا انما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح انه على الخلاف
واذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف في الصحيح والاصابع
وان كانت تابعة فيما بالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل
وجه قال ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية
النفس عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة
لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام
والمامور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما
كان قتلا ولانه جرح يفضي الى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط
للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام
او عقدا كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه
لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد والله اعلم

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة
على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعيد وان كان خطأ
لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على الآخر لهما في الخلافية ان القصاص طريقه طريق
الوراثة كالدين وهذا لانه عوض نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا
لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما
عن الباقين وله ان القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة الا ترى انه يثبت بعد الموت والميت
ليس من اهل الملك بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعلق بها
صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد
حضوره فان كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفى فالشاهد خصم ويسقط القصاص

لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو عن الغائب
فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب
فهو على هذا الذي بيناه قال فان كان الاولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على اخ انه قد عفى فشهادتهما
باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فان
صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية
لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان
كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا وهذا لانهما اقرا على
انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب
نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود
عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه وهو الاصح لاقراره له بذلك ولكنه يصرف
ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس ان لا يلزم القاتل شيء لان ما ادعاه الشاهدان
على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه فقد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان
ان القاتل بتكذيبه الشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط بدعواهما
العفو على الغائب وانقلب نصيبه مالا والغائب لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم
ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما اقر به القاتل له فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر
لرجل بالف درهم فقال المقر له ليست لي ولكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان كذا هذا
قال واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت
بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا
الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتأويله
اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلدان او في الذي
كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او مكان غير القتل في زمان او مكان
آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه عمد ويختلف احكامهما فكان
على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا والآخر لا ادري باي شيء قتله فهو باطل لان
المطلق يغاير المقيد قال وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله ففيه الدية استحسانا والقياس
ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا
بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم
بالمشهود عليه سترا عليه واذا لو كذبهم في نفي العلم ظاهر ما ورد باطلاقه في اصلاح ذات البين وهذا

وهو ربه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا والله اعلم

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل
وقد بيناه في اول الجنايات قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية
فيه بالوصف الايمان فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزئ فيه الاطعام
لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء او لكونه
كل المذكور على ما عرف ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزي
ما في البطن لانه لم يعرف حياته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطأ لما تلوناه ودية شبه العمد
عند ابي حنيفة وابي يوسف مائة من الابل ارباعا خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون
بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي ثلاثون جذعة
وثلاثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ
العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد
اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رويناه غير ثابت
لاختلاف الصحابة رضوان الله تعالى عليهم في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ ارباعا
كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه
فان قضى بالدية في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة
على القاتل لما بيناه من قبل قال والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون
ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه
واخذنا نحن والشافعي به لرواية ان النبي عليه السلام قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال
ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطي معذور غير ان عند الشافعي يقضي بعشرين
ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرنا قال ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم
وقال الشافعي من الورق اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قضى بذلك
ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روي انه
قضى بدراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك قال ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع
الثلاثة عند ابي حنيفة وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة
ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية
وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة
عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية

في معناه فلا يثبت لاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة
قال واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان
شهدوا على رجل انه قتله وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله
والفرق ان الاقرار والشهادة تتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد وجد
التكذيب في الاول من المقر له والمشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل
اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب
تفسيق الشاهد والفسق يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

ومن رمى رجلا مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة
وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه
بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمي
والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا تعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي
وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجبت
الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا
فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما
بعد ذلك قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال محمد رحمه الله عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة رحمهما الله لان العتق
قاطع للسراية فاذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة
الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة
فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب
شيء لوجب للعبد فيصير نهاية مخالفة للبداية اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له
في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا يتخالف النهاية والبداية فتجب قيمته للمولى
وزفر رحمه الله وان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه قال
ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي لان المعتبر
حالة الرمي وهو مباح الدم فيها قال واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد
لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان المعتبر حال الرمي في حق الحل والحرمة
اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده قال ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت
الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي

النفس بهلاك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما قال ودية المرأة على النصف
من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي عليه السلام
وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف وامامه في ذلك زيد بن ثابت والحجة عليه
ما رويناه بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان
بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال ودية
المسلم والذمي سواء وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي
ثمان مائة درهم وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام
عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعي ما روي ان النبي عليه السلام
جعل دية النصراني واليهودي اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلام
دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي
لم يعرف رواته ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة

فصل فيما دون النفس

قال في النفس الدية وقد ذكرناه قال وفي المارن الدية وفي
اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه
رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او
ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف
من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله عليه السلام بالدية كلها في اللسان والانف
وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود
وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرناه ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة
لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام
لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة قال ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم
على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب وقيل ان قدر على
اداء الاكثر تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر تجب كل الدية
لان الظاهر انه لا تحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطي والايلاد واستمساك
البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة
لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال وفي العقل اذا ذهب بالضرب
الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره

او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى
باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال وفي اللحية اذا
حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال قال وفي شعر الرأس الدية لما قلنا وقال
مالك وهو قول الشافعي تجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق
شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في
شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقه تفويته على الكمال فتجب الدية
كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جمال الا يرى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره
بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد فعن ابي حنيفة انه يجب كمال
القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال
وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح لانه تابع للحية فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كان
على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان اكثر
من ذلك فكان على الذقن والخد جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال
وان كانت متصلة ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان
نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان
نبت بيضاء فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد تجب حكومة عدل
لانه ينقص قيمته وعندهما تجب حكومة عدل لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوي الخطأ
والعمد على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله
تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين
الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا روي في حديث سعيد
ابن المسيب رض عن النبي عليه السلام قال وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه
رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم رضي الله عنه وفي العينين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان
في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت
احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية قال وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس
المنفعة وفي احدهما نصف الدية لما قلنا بخلاف ثديي الرجل حيث تجب حكومة عدل لانه
ليس فيه تفويت المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك
اللبن وفي احديهما نصفها لما بيناه قال وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال رضي الله عنه
يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد رحمه الله في الاصل للمجاورة كالراوية للمزادة وهي حقيقة

في البصر وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الاذى والقذى
عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة كان في احدها
ربع الدية وفي ثلثة منها ثلثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه كذلك ولو قطع
الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال وفي
كل اصبع من اصابع اليدين والرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل
ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشرة فتنقسم الدية عليها قال
والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين
مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فيجب الدية كاملة ثم فيها
عشرة اصابع فتنقسم الدية عليها اعشارا قال وفي كل اصبع فيها ثلثة مفاصل ففي احدها
ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد
على الاصابع قال وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام في حديث ابي موسى رضي الله عنه وفي
كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات
والاسنان كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع
وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات قال ومن ضرب عضوا فاذهب
منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها بالضرب لان المتعلق تفويت
جنس المنفعة لا فوات الصورة قال ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس
المنفعة وكذا لو احدبه لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه
لزوالها لا عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه
ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل
الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق
وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الراس والموضحة وهي التي توضح العظم
اي تبينه والهاشمة وهي التي تهشم العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة
وهي التي تصل الى ام الراس وهي التي فيها الدماغ قال ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي
ان النبي عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق
القصاص قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين
اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد في الاصل
وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم

ولا خوف

ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بالمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار
ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال وفيما دون الموضحة حكومة العدل لانه ليس فيها ارش
مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن ابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز
قال وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية
ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان
ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم ان النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس من الابل
وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام
في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي
الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احديهما من جانب البطن والاخرى من
جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا اوجب في النافذة ثلثي الدية وعن محمد رحمه الله
انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدءا مروي
عن ابي يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة
وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على
حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة وما كان في غير الوجه والراس يسمى جراحة والحكم مرتب
على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما تجب
حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين
الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما
واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رحمه الله حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر
لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من
الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيهما معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف
جوف الراس او جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي رحمه الله ان يقوم مملوكا بدون هذا
الاثر ويقوم وبه الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر
الدية وان كان ربع عشر القيمة فربع عشر وقال الكرخي رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر
ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

فصل

وفي اصابع اليد نصف الدية
لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت
جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام
وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها

مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن
ابي يوسف وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب
في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما
ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في
حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا
للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية
وان كانت اصبعين فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة وقالا ينظر الى ارش الكف
والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل
شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل
والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من
الابل والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف
ثلاث اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم و
للاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها قال وفي الاصبع الزائدة
حكومة عدل تشريفا للآدمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية
لما قلنا قال وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي تجب دية
كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء
المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف
المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي
لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل
به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه
دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه
فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر
وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر
لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرناه
قال وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة و
وعن ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا
منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان

منفعة

منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بيناه ووجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر
بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه
فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص
قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصابع
او اليد كلها لا قصاص في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل
وكذلك لو كسر سن رجل واسود ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كلها ولو قال
اقطع المفصل واترك ما يبس واكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في
نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك الزيادة لهما في الخلافية
ان الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احدهما لا تتعدى الى الاخرى
كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ الى غيره فقتله يجب القود في الاول والدية في الثاني وله
ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة
وهو الحركة القائمة وكذلك المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالآخر فاورثت نهايته شبهة الخطأ
في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين
على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا ولو قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص في شيء من
ذلك عند ابي حنيفة وقالا وزفر والحسن رحمهم الله يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين
قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله في المسئلة الاولى وهو ما اذا شجه موضحة فذهب بصره انه
يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية
الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد رحمه الله على هذه الرواية ان سراية ما يجب
فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب القصاص كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما
ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود
في التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة قال ولو كسر
بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على
ما بين الروايتين قال ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة رحمه الله
وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان الجناية
انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم تفت عليه منفعة
ولا زينة وعن ابي يوسف انه تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل قال ولو قلع سن غيره فردها صاحبها
في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا

قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه **قال** ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة
سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه تبين انه استوفى
بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا
يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك للقصاص الا ان في اعتبار ذلك
تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص
واذا نبتت تبين انه اخطأ فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال
قال ولو ضرب انسان سنه فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة ثم جاء المضروب
وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيمن سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التاجيل
مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول
الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك مؤثر في السقوط فافترقا وان اختلفا في
ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور
الاثر فكان القول للمنكر ولو لم يسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف انه تجب حكومة عدل
للالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو لم يسقط ولكنها اسودت يجب الارش
في الخطاء على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا
اذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا اذا احمر واخضر ولو اصفر ففيه روايتان
قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة لزوال الشين
الموجب وقال ابو يوسف عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال
فيجب تقويمه وقال محمد عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله
فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد
او شبهة ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا **قال** ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها
فعليه ارش معناه اذا بقي اثر الضرب اما اذا لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة
قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس
واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه
قتله ابتداء **قال** ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي يقتص منه في الحال
اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه الصلوة والسلام
يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال
غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء **قال** وكل عمد سقط القصاص

فيه لشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل
العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء
فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع **قال** واذا قتل
الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي تجب حالة لان الاصل ان ما يجب
بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف في الخاطي وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا
لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطاء
وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقوم ثبت بالشرع
وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية
قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا
ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة **قال** وعمد الصبي
والمجنون خطاء وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه
كالمجنون وقال الشافعي رحمه الله عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد
غير انه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكم الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة
به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل
المجنون على عاقلته وقال عمده وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطي لما استحق
التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم
تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر
العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من
اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم والله اعلم

فصل في الجنين

قال واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة
نصف عشر الدية قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل
واحد منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة
للاستحقاق ووجه الاستحسان ما روي ان النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته
خمسمائة ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك
والشافعي رحمهما الله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة وقال مالك في ماله لانه بدل
الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه النبي عليه السلام
دية حيث قال دوه وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون

خمسمائة ويجب في سنة وقال الشافعي رحمه الله في ثلث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون ميراثا
بين ورثته ولنا ما روي عن محمد ابن الحسن انه قال بلغنا ان رسول الله عليه السلام جعل على العاقلة
في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال
بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التاجيل الى سنة لان بدل العضو
اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء
منها على من وجب يجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان
في الجنين انما يظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار
واحد وهو خمسمائة فان القته حيا ثم مات ففيه الدية كاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق
وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح انه عليه السلام
قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات
فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قتل شخصين وان ماتت ثم القته ميتا فعليه دية في الام
ولا شيء في الجنين وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب وصار كما اذا
القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها
فلا يجب الضمان بالشك قال وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته
ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث
منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر
قيمته لو كان حيا وعشر قيمته اذا كان انثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان
الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور
النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف يجب
ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل
الرقيق ضمان مال عنده على ما ذكرنا فيصح الاعتبار على اصله فان ضربت فاعتق المولى ما في
بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق لانه
قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته
حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما
وعند محمد رحمه الله تجب قيمته ما بين كونه مضروبا وبين كونه غير مضروب لان الاعتاق
قاطع للسراية على ما سنبينه ان شاء الله تعالى قال ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله
تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت

في النفوس المطلقة فلا يتعداها ولهذا لا يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب
محظورا فاذا تقرب الى الله كان افضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض
خلقه بمنزلة الجنين التام في هذه الاحكام لاطلاق ما رويناه ولانه ولد في حق امومية الولد
وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة
والدم فكان نفسا

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق
الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد
صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه وكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل
واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك قال ويسع للذي عمله
ان ينتفع بها ان لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه به اذ المانع
متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام
وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم
ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم وفي الطريق
النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه
هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى
ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا
او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه مسبب لتلفه متعد بشغله هواء
الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرناه في اول الباب
وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على
من احدثه فيهما لانه كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه
في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان
خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه
في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان
جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي
طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب
الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري
حتى عطب به انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب
ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه ولو حركته الريح الى موضع آخر

ثم احرق شيئا لا يضمنه لتفسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعل مع علمه
بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح
او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا
لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل
غير داخل في عقدهم فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على
رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا
فانتقل فعلهم اليه كانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به
انسان او دابة وكذا اذا رش الماء في الطريق او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة
بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد
ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث
يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به لا يضمن ولو تعمد المرور في
موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق
لانه يجد موضعا للمرور لا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش
شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في
الطريق في اخذها جميعه او بعضه فلو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب
على الآمر استحسانا واذا استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه
فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير
لفساد الامر **قال** ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته
على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل
النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق
بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث
لا يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع
الكناسة في الطريق وتعقل بها انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره
عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انتفى لفراغ ما شغله
وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق
فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له
الولاية في حقوق العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات

على راي الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل
في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذلك ان حفره في ملكه لا يضمن لانه
غير متعد وكذا اذا حفر في فناء داره لانه له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل
هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين
او مشتركا بان كانت في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر
في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة لانه مات لمعنى في
نفسه فالضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك
وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر
وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع لولاه لكان الطعام قريبا
منه وان استاجر اجراء فحفروا له بئرا في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء
ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا اذ لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم
كانوا مغرورين فصار كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره
الا ان هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشر
فيضمن ويرجع للغرور وهنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير
غير متعد فترجح جانبه وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك
له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا ومات
فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان
على المستاجر لانه كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء
الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا
بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه **قال** ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور
عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة وكذلك ان وضع خشبة على الطريق فتعمد
رجل المرور عليها لان الاول تعدي وهو تسبيب والثاني تعد وهو مباشرة وكان الاضافة
الى المباشرة اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي **قال** ومن
حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به فهو ضامن وكذلك اذا سقط فتعثر به انسان
وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق
ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبس
فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد رحمه الله انه اذا لبس ما لا يلبسه

وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا حفر اهل المسجد فيه بئرا لماء المطر او وضعوا فيه حبا يصب فيه الماء او طرحوا فيه بواري او حصيرا او ركبوه بابا او علقوه فيه قنديلا او ظللوه فلا ضمان فيما عطب بذلك عليهم لان هذه الامور من مصالح المسجد واهله متعينون لذلك فلا يوصف فعلهم بالتعدي وكذلك ان فعل غيرهم باذنهم وان فعل بغير اذنهم فهو ضامن في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا كان مسجد عامة فلا ضمان عليهم استحسانا الا في البناء ونحوه ووجه قولهما ان جميع المسلمين سواء في ذلك لانه في عمارته قال الله تعالى انما يعمر مساجد الله من آمن بالله واليوم الآخر وقال تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه فاذا كانوا سواء كان الكل اهل التصرف فيما فيه مصلحة للمسجد ظاهرة وبسط الحصير وتعليق القنديل وما شاكل مصالح ظاهرة فلا يمنع احد من ذلك غاية البيان

فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه **قال** واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة يضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله لا يضمن في الوجهين لان هذه من القرب وكل احد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستيذان من اهله وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة وان كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير صلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الخلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها وكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلوة او لان المنتظر للصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بني للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر والى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده

فصل في الحائط المائل

قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين وطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان

بمنع

يمنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم ما تلف به من النفوس يجب الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطاء فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استيصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعدي ابتداء كما في اشراع الجناح وتقبل شهادة رجلين او رجل وامرأتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة تقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير به جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق به **قال** وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواها ولو اجل صاحب الدار او ابرأه منها او فعل ذلك ساكنوها فهو جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة الناس وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرناه ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب والاصل ان يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستاجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله لقيام الولاية والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان

المال ليبقى بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان
لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي
ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه
لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض
ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة
كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه
لان التفريغ الى مالكها قال واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا
ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كان دار بين ثلثة فحفر احدهم فيها بئرا او بنى
حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة وقالا رحمهما الله عليه
نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب
من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية
وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل
ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى
العلة الواحدة ثم تقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف
بنفسها صغرت او كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما اوطأت الدابة
ما اصابت بيدها او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن
ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة
لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة
مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة عما يمكن الاحتراز عنه
لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه
ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز
عنه مع التسيير على الدابة فلم يتقيد به وان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز
عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال
وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين
انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير
الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب

والمرتدف

والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف قال فان راثت او بالت في الطريق
وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكن التحرز عنه وكذا اذا اوقفها
لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان
بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا
بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها
والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري
في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه
وغائب عن بصر القائد فلا يمكن التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة ايضا
وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكن التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها
بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف
اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار معناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل
بتخويف القتل كما في المكره وهذا التخويف بالضرب قال وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه
الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة
الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب
الكفارة فيما اوطأته الدابة بيدها او برجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء
لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له
وهما مسببان لانه لم يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة
لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق
والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما اوطأت الدابة
لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما
لان كل ذلك سبب الضمان قال واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر
وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر وروي عن علي رضي الله عنه
ولان كل واحد مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه وهو السبب للموت
فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه
جراحة او حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا
ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا
للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه

وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب الضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروي عن
علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر
من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطاء ولو
كانا عبدين يهدر الدم في الخطاء لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف
من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا
ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطاء تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فياخذها
ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر فياخذه
ورثة الحر ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد في قيمته
وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة قال ومن
ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواتها كاللجام ونحوه وكذا
ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد او الاحكام فيه
بخلاف الرداء لانه يشد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون
اللباس على ما مر من قبل فيتقيد بشرط السلامة قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ
بعير انسانا ضمن به الدية على العاقلة لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك
وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان الا ان ضمان النفس
على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان قائد الواحد
قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل اما اذا
كان توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه
لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال
وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله ضمن عاقلة القائد
الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب
الدية على العاقلة كما في القتل الخطاء ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه
العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل واحد منهما مسبب لان الربط من القائد
بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار
يسير لانه امر بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط
اما اذا ربط والابل قيام ثم قاد ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة

فلا يرجع

فلا يرجع بما لحقه عليه قال ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصاب في فورها يضمن لان
الفعل انتقل اليه بواسطة السوق ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق
ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه
بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سائقا
فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا يصلح نائبا عن المرسل فلا
يضاف فعلها الى غيره هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست الى الاصطياد فاضيف الى
المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن
ابي يوسف انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا لاموال الناس قال رضي الله عنه وذكر في المبسوط
اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصاب في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه
ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له
طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد
ثم سار فاخذ الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهذه الوقفة
تنافي مقصود المرسل فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب انسانا او مالا
في فوره لا يضمنه من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضمن
ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي ولو ارسل بهيمة فافسدت
زرعا على فوره ضمن المرسل وان مالت يمينا وشمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة
فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار وقال
محمد رحمه الله هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال
واخواته قال شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لان المقصود منها اللحم فلا يعتبر الا
النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس
وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قضى في عين
الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال
والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا
بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة
العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربعة فيجب الربع بفوات احداها
ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت
منه فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله

ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده
ولان الناخس متعدي في تسبيبه والراكب غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي
حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد
في الايقاف ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت
الراكب فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة
ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بينا
والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس
والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني يضاف الى الناخس
فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا
ضمان عليه في نخستها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر
ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت
في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحال مضاف اليهما والاذن يتناول فعل السوق
ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطء فالنخس
ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة
كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على ممر وعند الطريق ومات فالدية عليهما لما ان
الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء
لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يامره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار
كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي
فانهم لا يرجعون على الامر لانه امر بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل
به اخر حتى ضمن لا يرجع على الامر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون
السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس
فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد
فاصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه
والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته واذا كان صبيا ففي ماله لانهما مؤاخذان بافعالهما
ولو نخسها شيء منصوب على الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء
لانه متعدي بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطا قيل لمولاه اما ان تدفعها او تفديه

وقال الشافعي رحمه الله جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف
في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم له ان الاصل في موجب الجناية
ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل
عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فيجب في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته
يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الادمي حالة الخطا ان يباعد
عن الجاني تحرزا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب
على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة
عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة
فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال
الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا
يستاصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد
لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني
الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال فان دفعه
ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التاجيل
في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد
في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب
حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا
خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا في الارش فاذا اوفاه حقه
سلم العبد له فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على
ما بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى
قال فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الجناية الاولى معناه بعد الفداء لانه لما
طهر عن الجناية بالفداء جعل كان لم يكن وهذا ابتداء جناية قال ولو جنى جنايتين قيل للمولى
اما ان تدفعه الى وليي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد
منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية به كالديون المتلاحقة الا يرى
ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر
حقيهما على قدر ارش جنايتيهما وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم
وان فداه فداه بجميع اروشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقا عين اخر يقتسمانه اثلاثا

لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى ان يفدي من بعضهم
ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي
الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع
الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث
خلافة عنه فلا بد من التفريق في موجبها قال فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل
من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان في الاول فوت
حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني
صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين
البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف
الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له مخاطب بالدفع اليه
وليس فيه نقل الملك لجواز ان الامر كما قال المقر والحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر
فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونه
وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف
ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا
فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت
قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه
منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى
بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرنا لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان
عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا
بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص
من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير
مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت
الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة
المولى فيلزم المولى قيمته قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر
فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر لا يصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه لا جناية ولا
علم له بوجودها وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق والعتاق
بالشرط ثم حلف لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه

ملك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند الشرط كالمنجز فصار
كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك
يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا
فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض
بخلاف ما اورد لان غرضه طلاق وعتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل
تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه
والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار قال واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء
او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان كان لم يعتقه رد على المولى
وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان
الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان اطراف العبد لا يجري القصاص بينها
وبين اطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح
واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها
مع العلم بحرمتها فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق
يدل على قصده تصحيح الصلح لانه لا صحة له بدونه فانه يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها
ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل
يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق
لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم
في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة
يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا
من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفى عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب
القصاص هنالك وهنا قال يجب قيل ما ذكر هنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس
والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث
الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب
القصاص اما هنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية
لم تمنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل قال واذا جنى العبد
المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة
لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة

حق الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذلك عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين
ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف
بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي
انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه وههنا يجب لكل واحد منهما بالاتلاف
الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما قال واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت فانه
يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان الدين وصف
حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف
الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع
والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال واذا كان العبد لرجل زعم رجل
ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه
فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير
حجة قال واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال الآخر قتلته
وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية
للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء
وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي او قال
طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال ومن اعتق
جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها
وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا يضمن الا شيئا بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناده
الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسئلة الاولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم
امر برده حيث اعترف بالاخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهي منكرة والقول للمنكر فلهذا يؤمر
بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقأت
عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة
فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها
لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة
لان وطء المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة
لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية قال واذا امر العبد المحجور عليه

صبيا

صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطأه
سواء على ما بينا من قبل ولا شيء على الآمر وكذا اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما
لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر ابدا
ويرجعون على العبد الآمر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان
الاهلية بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية قال وكذلك ان امر عبد معناه ان يكون الآمر عبدا
والمأمور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول
في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة
وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ اما اذا كان
كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما
وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة آلاف
درهم لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال
من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو
النصف وبقي النصف فان كان قتل احدهما عمدا والآخر خطأ فعفا احد وليي العمد فان فداه
المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي
الخطأ لانه لما انقلب العمد مالا كان حق وليي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف وحق احد وليي
العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر الفا وان دفعه دفعه اليهم
اثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة وقالا يدفعه ارباعا
ثلثة ارباعه لوليي الخطأ وربعه لوليي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف
لوليي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فينتصف فلهذا
يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة اصله التركة
المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف قال واذا كان عبد بين رجلين
فقتل مولى لهما اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه
الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة فصل ومن قتل عبدا
خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر قضي
له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله تجب قيمته بالغة ما بلغت
ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان

بدل المالية ولهذا تجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع
قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب
ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة
الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب
اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب
لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص
بدلا عن المالية فكذلك امر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع
فيه فقدرناه بالقيمة رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف ونقصنا
منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله ابن مسعود رض قال وفي يد
العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة دراهم لان اليد من الآدمي نصفه فتعتبر
بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد
لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه وان غصب امة قيمتها عشرة
الف فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع يد
عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص
منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما
نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول للاشتباه من له
الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح وعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق
للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فيتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب
على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد
الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل واحد منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت
الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد رحمه الله في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى
المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار
الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا
وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى
الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه
وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول
لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب هنا لانه الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة

لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق
وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى
وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه
اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى
هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في
الفصلين عند محمد رحمه الله يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق
لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول عند محمد في الثاني قال
ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير
نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب
دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي
محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا
واحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب
قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل واحد منهما ينكر ذلك ولانه القياس
يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة وانما صححناه ضرورة صحة التصرف وانه له
ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا
في حقها قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه
ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ
قيمته وقال محمد ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ
قيمته وقال الشافعي يضمنه كل قيمته ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي
على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول المالية قائمة في الذات وهي
معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد
اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فيجب ان يتملك الجثة
دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني
المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم
يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه
الذي قلناه كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه
وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية ان كانت معتبرة في الذات
فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى

فان قلت كيف اراد صاحب الهداية بالاولى الادمية والادمية مذكورة بعد المالية وكيف اراد بالثانية المالية والمالية مذكورة قبل الادمية قلت انما فعل كذلك لانه ذكر دليل الشافعي اولا وهو اعتبر معنى الادمية ثم ذكر دليل ابي يوسف ومحمد وهما اعتبرا المالية فكان وضع الاولى والثانية في موضعهما ع

بالدفع او الفداء فهو من احكام الادمية لان موجب الجناية على المال ان يباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى انه لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية انه ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم والله اعلم فصل في جناية المدبر وام الولد قال واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الجناية الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور على الدفع قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة وقالا رحمهما الله لا شيء على المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة ان المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتاخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الجناية الثانية عملا بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره به ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان موجب جناية الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله اعلم بالصواب

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه

سبب الملك

سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بافة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير متلفا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها ويكون بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمهما الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا ياخذه ليتم حقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان كان جنى عند المولى جناية فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد قال ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاولى ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بالقيمة على الغاصب لان الجنايتين كانتا

فى يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه
لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على الغاصب لانه الاستحقاق
بسبب كان فى يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولى الجناية الاولى ولا الى ولى الجناية الثانية
لانه لا حق له الا فى النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف
كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد ان فى الاولى الذى يرجع به عوض عما سلم لولى الجناية
الاولى لان الجناية الثانية كانت فى يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما فى
هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها فى يد الغاصب فلا يؤدى الى
ما ذكرناه قال ومن غصب صبيا حرا فمات فى يده فجاءة او بحمى فليس عليه شئ وان مات
من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان
لا يضمن فى الوجهين وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله لان الغصب فى الحر لا يتحقق الا ترى
انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا اما اذا كان الصغير حر رقبة ويدا اولى وجه
الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى
ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون فى
كل مكان فاذا نقله اليه وهو متعد فيه وقد ازال حفظ الولى فيضاف اليه لان شرط العلة
ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر فى الطريق بخلاف الموت فجاءة او بحمى لان
ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول
بانه يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا قال واذا اودع صبى عبدا فقتله
فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
والشافعى رحمهما الله يضمن فى الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ
بالضمان فى الحال عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابى يوسف والشافعى رحمهما الله
يؤاخذ به فى الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة فى العبد والصبى وقال محمد فى اصل
الجامع الصغير صبى قد عقل وفى الجامع الكبير وضع المسئلة فى صبى ابن اثنى عشرة سنة وهذا يدل
على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا
متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه
غير الصبى فى يد الصبى المودع ولابى حنيفة ومحمد رحمهما الله انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما
اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع
المال فى يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه فى الحفظ ولا اقامة هنا

لانه لا ولاية

لانه لا ولاية له على الصبى ولا للصبى على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لان لهما ولاية على انفسهما
وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية فى حق الدم
وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبى فى يد الصبى لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبى دون غيره
قال وان استهلك مالا ضمن يريد به من غير ايداع لان الصبى مؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر
بها فى حقوق العباد

باب القسامة

قال واذا وجد القتيل فى محلة لا يعلم من قتله
استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولى بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعى رحمه الله
اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا
كانت الدعوى او خطأ وقال مالك رحمه الله يقضى بالقود اذا كانت الدعوى فى القتل العمد وهو
احد قولى الشافعى واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر
يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن
الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولى فان حلفوا لا دية
عليهم للشافعى فى البداية بيمين الولى قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان
اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا
للولى يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعى اصل له كما فى النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة
والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من انكر
وفى رواية على المدعى عليه وقوله عليه السلام للاولياء فتبرئكم يهود بخمسين يمينا وقوله عليه السلام
لقوله عليه السلام فى حديث عبد الله بن سهل تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهد فى الشرع مبرئا
القسامة وجل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق
وحاجة الولى الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به
النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولى اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولى لان اليمين
حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او صالحى اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ
التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح
على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا فى قذف جاز لانه يمين وليس
بشهادة قال فاذا حلفوا قضى على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولى وقال الشافعى لا تجب الدية
لقوله عليه السلام فى حديث عبد الله بن سهل تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهد فى الشرع مبرئا
للمدعى عليه لا ملزما كما فى سائر الدعاوى ولنا ان النبى عليه السلام جمع بين الدية والقسامة
فى حديث سهل وفى حديث زياد بن ابى مريم وكذا جمع عمر رضى الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام
تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة
ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا

بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا
لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ ومن
ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحقة لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه
وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا تسقط ببذل المدعى
وفيما نحن فيه لا تسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة
وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او الخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي
ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه عمدا او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق
الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول ان
في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من اهل المحلة ويقال للولي ألك بينة فان
قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدا ووجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل
من غيرهم وانما عرف بالنص فيما اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي
القتل عليهم وفيما وراءه بقي على اصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم
وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين
دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه
ليس فيه نص فلو اوجبناهما لاوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه
اذا كان له بينة وان لم يكن استحلف يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع
القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى في المال يثبت به وان كان في القصاص فهو
على خلاف قد مضى في كتاب الدعوى سنذكره من بعد ان شاء الله تعالى قال وان لم
يكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى تتم خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة
وافى اليه تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية
وعن شريح والنخعي مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه
الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد
الولي ان يكرر على احدهم ليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال ولا قسامة
على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول قال ولا امرأة ولا عبد لانهما
ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها وان وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس
بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف انفه والغرامة
تتبع فعل العبد والقسامة لاحتمال القتل ثم يجب عليه القسم فلا بد ان يكون به اثر يستدل به

على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من
عينه او اذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره
او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن
القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الرأس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية
وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الرأس او يده او رجله او رأسه
فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما
للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه
تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود
الاول ان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة
في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب
فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت
القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء
عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا قال واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته
دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها فان
اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم وان مرت دابة بين قريتين
وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي عليه السلام أتي بقتيل وجد بين قريتين فامر
ان يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب كتب
بان يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة والدية قيل هذا محمول
على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة
وقد قصروا قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده والدية على عاقلته
لان نصرته منهم وقوته بهم قال ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند ابي حنيفة رحمه الله
وهو قول محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما تكون بالملك
تكون بالسكنى الا ترى انه صلى الله عليه وسلم جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا
سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم
وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام
اقرهم على املاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال وهي على اهل الخطة دون المشترين
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك

الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك
وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه
اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد
بالكوفة قال وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا وان لم يبق واحد منهم
بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم
او يزاحمهم واذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في
القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار تكرر عليه الايمان
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار
اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان الحضور
لزمهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال وان وجد القتيل
في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل وللآخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال لان صاحب
القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد
الرؤوس بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة
البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فهو على عاقلة
الذي تصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ
والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع
والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك
كما في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى انه يقتدر على
الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد وفي البات اليد للبائع قبل
القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في
يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون
عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ قال ومن كان في يده دار فوجد فيها
قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى
تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة
كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال وان وجد القتيل في
سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها

حتى يجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك وغير المالك في ذلك
سواء وكذلك العجلة وهذا على ما روي عن ابي يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول
فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانه لا تنقل قال وان وجد في
مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم
فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة ومال
بيت المال مال العامة المسلمين ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند ابي يوسف رحمه الله
يجب على السكان وعندهما على الملاك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها
فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف
الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم
وهما يقولان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون ولا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه
بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة
المالك والساكن وهي مختلف فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله قال وان وجد في برية
ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة
لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف بالتقصير وهذا اذا لم يكن مملوكا لاحد فان كان فالقسامة
والدية على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد في وسط
الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب
القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه اخص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط
والشط في يد من هو بقرب منه الا ترى انهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيها بخلاف النهر
الذي يستحق به الشفعة لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم قال
وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه
القياس والاستحسان قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم ووجه الفرق قد بيناه وهو
ان وجوب القسامة عليهم دليل ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم
بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل
منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور
القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم فسقط لفقد
شرطه قال واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم
والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة لان

هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة **قال** ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان
بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه الا انه يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله
حجة على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد
في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب
الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كان القوم لقوا قتالا فقاتلوا قتالا او وجد قتيل
بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى
ما بيناه وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف
وقد ذكرناه **قال** واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا
غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل
على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه **قال** واذا شهد اثنان من اهل المحلة
على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما وهذا عند ابي حنيفة وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية
ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل
بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين بالتقصير الصادر منهم فلا تقبل
شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصومة كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد
قال رضي الله عنه وعلى الاصلين هذين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس ولو ادعى على واحد
من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل
على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف ان الشهود يحلفون
بالله ما قتلنا ولا يزدادون على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل **قال** ومن جرح في قبيلة
فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية
على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة لان الذي حصل في القبيلة
او المحلة ما دون النفس فلا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به
الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل
ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى اهله
فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف وفي قياس قول ابي حنيفة رحمه الله
يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما
قبل من مسئلة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كانه قتل

نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من
مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا
في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان
رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف يضمن الآخر الدية
للورثة وقال محمد لا يضمن لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الآخر فلا يضمن بالشك ولابي يوسف
ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد
قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على
عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة
انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة
لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في
هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض رجل
الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من
اهل القرية **كتاب المعاقل** **قال** المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها
تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك **قال** والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت بنفس
القتل فهي على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في
الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك للاولياء
قوموا فدوه ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا
الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه واستئصاله فيصير عقوبة
فيضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره
وهم العاقلة وكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به **قال** العاقلة اهل الديوان
ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين واهل الديوان
اهل الرايات وهم الجيش الذين كتب اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي
الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد النبي عليه السلام ولا نسخ بعده ولانه صلة
والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل
على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير
معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد
وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا

لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرف وان كان بالحلف فاهله والدية صلة
كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلث سنين
مروي عن النبي عليه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء
يخرج في كل سنة مرة واحدة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها لحصول
المقصود وتاويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين
الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين
ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها
كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة واذا كان الواجب
بالقتل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة
الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على
القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي ما وجب على القاتل في ماله
فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع
ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى عاقلة كل واحد عشر الدية في ثلث سنين
اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية
لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور
قال ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل قال وتقسم
عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال رضي الله عنه
كذا ذكره القدوري في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد على انه
لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل
سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وهو الاصح قال وان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم
اقرب القبائل معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات
الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون
لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة
والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم تتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات
يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم
هذا كله عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي بين الكل لانه صلة فيعتبر
بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها

الا ترى انها لا تؤخذ من اصل المال فتنقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة
الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان
الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم
تخرج في كل سنة فكما خرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة
اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق
بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم
او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصته الشهر وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة
فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية
الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم قال
وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة
غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع
كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا
فالبريء اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان
له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل
انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا
لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما
من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه
ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي
عليه السلام ورضي الله عنهن ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر اخر يريد به اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة
لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من
اهل مصر اخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم
فيعقلونهم اهل المصر باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة
عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان
اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان
النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل ومن جنى جناية من
اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل
الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين

يزبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اصل المصر ولا
يخصون به اهل العطاء وقيل ناويه اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث
قال واهل البادية اقرب اليه من اصل المصر وهذا لان الوجوب بحكم القرابة واهل المصر اقرب
منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة ولو كان
البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن
له فيه كما ان اهل البادية لا يعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم وان كان لاهل
الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم
التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر
موجود في حقهم وان لم يكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضي
بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان
لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه
يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس
بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم
وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة
اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف
لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع
الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته من اهل الكوفة
وهو رواية عن ابي يوسف لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار
كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وهو
بالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك تتحمل
عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا
ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه
بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب
لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه
تقرير حكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه
حتى استوطن البصرة قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضى بها على اهل الكوفة لم ينتقل
عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان

وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية
قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث يصير الدية في
اعطياتهم وان كان قضى بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه
قضى بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء
ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليهم بان كان القضاء
بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك
من مال العطاء لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قول النبي عم
مولى القوم منهم قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه
ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي وقد مر في الولاء قال ولا تعقل العاقلة اقل من نصف
عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس موقوفا عليه ومرفوعا
الى رسول الله عم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة
وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما
هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس
فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي او التسوية في ان لا يجب
شيء على العاقلة الا انا تركناه بما رويناه وبما روي انه عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة
وهو نصف عشر بدل النفس على ما مر في الديات فيما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم
كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس قال ولا تعقل العاقلة
جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما رويناه ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار
والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم
والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد
سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي لان التأجيل من وقت القضاء
في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان
قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة
لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة
بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر
حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حصة العاقلة مقر عليهم قال واذا جنى الحر
على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي

يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي احد قوليه تتحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم تكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا اذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه ثم ادعى الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم تؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لان عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حيوته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر او على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة والاصل الذي يخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الاولى قضي بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة تحولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضي بها على الاولى لم ينتقل الى الثانية وان لم يكن قضي بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقتها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متقنا فلا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد والله اعلم بالصواب

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يابى جوازها لانها تمليك مضاف الى حال زوال المالكية ولو اضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا

فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين والسنة وهو قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما رويناه وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى قال ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حيوته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضاء ببطلان الحق لا يكون رضاء ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازه البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن قال ولا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة

لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للتفاضل كما لا يرضون
لاحدهم قال ولا تجوز لوارثه لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا
وصية للوارث ولانه يتأذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث
الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك
مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير
الوصية لانه وصية حكما حتى تنفذ من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف
في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزها الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما
رويناه ولان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر
حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول
لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لانهم بعقد الذمة ساووا
المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي
الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين
الآية قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال الحيوة او ردها فذلك باطل
لان اوان ثبوت الحكم بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب
ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة
القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة
ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون
فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال النبي عليه السلام افضل الصدقة على ذي
الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون
بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى
لانه يبتغى بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة
او الصلة فيخير بين الخيرين قال والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولي الشافعي
هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير
قبول فكذا الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب
ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة فخلافة حتى
يثبت فيه هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبوله قال الا في مسئلة واحدة وهو ان
يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس

ان تبطل الوصية لما بيّنا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد
ايجاب البائع وللاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمّت بموته تماما لا يلحقه الفسخ
من جهته وانما توقّف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار
للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان
الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم
الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال
ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضه اجاز وصية يفاع
او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى
على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح الوصية قول بالزام
والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه
وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيّنا والمعتبر في النفع والضرر
النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا
وصيه وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية
وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلثي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا
وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى
فتصح اضافته الى حال سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل
التبرع وقيل على قول ابي حنيفة لا يصح وعندهما يصح ردا لها الى المكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل
فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال ويجوز الوصية للحمل او
بالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه
لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه
يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا
واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع
لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى قال ومن
اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه
يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز
استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد صح استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما
وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مرّ في البيوع ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية

لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف
على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل
على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله
قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان
في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل
في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليمه الا بها فهو رجوع
اذا فعله مثل السويق يلته بسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن
بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك
الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل
تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى به ثم اشتراه او وهبه
ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى
بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به
لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال ومن جحد الوصية
لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد وقال ابو يوسف فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي
والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا او لان الرجوع اثبات
في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون
جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام وربوا لا يكون رجوعا
لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي قال
ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال
تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على
قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح
لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث
وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية
الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حين قال ذلك
حيا ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية
بالموت

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر
بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند

عدم

عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق
والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس ولم تجز الورثة
فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه
على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل بينهما فصار ثلاثة سهم لصاحبه وسهمان لصاحب
الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة عندهما
وقال ابو حنيفة الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة
والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع
الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها ولان الوصية وقعت
بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فيبطل اصلا والتفضيل يثبت في
ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا
في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة
بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فانه يضرب
بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك
واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن
متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال ولو اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل
نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني
وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر يجوز في الاول
ايضا نظرا الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلناه قال ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة
الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة وقالا له مثل نصيب احد الورثة
ولا يزاد على الثلث الا ان يجيزه الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية
والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة
الورثة وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضه وقد رفعه الى النبي عم فيما روي ولانه
يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من
سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال ومن اوصى
بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع
صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان قال ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك
المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه قال

سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد لان
السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود
في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك فبقي ثلثه وهو يخرج من
ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال
المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة
ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه
جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس
المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي
ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت من
اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذا المكيل والموزون بمنزلتها لانها يجري
فيه الجمع جبرا بالقسمة ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان وبقي واحد لم يكن له الا
ثلث الباقي وكذلك الدور المختلفة وقيل هذا قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة
فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول
اشبه للفقه المذكور قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف
من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان
لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج من شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف
لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا
على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما تعتدل
النظر بما ذكرناه قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد
لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن
ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض
للحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل
الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان
قضيته هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا يرى انه من قال ثلث
مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال
ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد
استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذا

اذا كان

اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته
او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ
وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاد
ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانه لو كان بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه
وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له
شاة يعطى قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ
ماليتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا تصح لان المصحح
اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليست
في ملكه علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم
علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال وعلى هذا
يخرج كثير من المسائل قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين
فلهن ثلاثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعن محمد انه
يقسم على سبعة اسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء
والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكاة لمحمد عليه السلام ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان
نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ولهما
ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل
فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث قال ولو اوصى بثلثه لفلان
وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه
للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى
مسكينين بناء على ما بيناه قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد
اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل
بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة
ولآخر بمائتين ثم قال لآخر اشركتك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين
فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن
قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا
استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان
وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا

مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده
بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ
ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه
من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة قال فان
اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم
وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى
وهي ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد خصاما وعساهم
يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة
واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان
هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة
دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا
لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك
لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف
الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في
الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا
يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى
هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث
لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح في حق من
يستحقه منهما اما الاقرار اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي فلا وجه الى اثباته
بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا
ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال
يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما
ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا قال ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء
واوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب لا يدري ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة
ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان
المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال الا ان يسلم الورثة
الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب

الاجود

الاجود ولصاحب الوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب
الادون لان صاحب الجيد لا حق له في الردي بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا
ولا حق له فيهما وصاحب الردي لا حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون جيدا
او وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الردي هو الردي الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا
ذهب ثلثا الجيد وثلث الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فيتعين حق صاحب
الوسط فيه ضرورة قال واذا كانت الدار بين رجلين واوصى احدهما ببيت بعينه لرجل
فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند
محمد رحمهم الله نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمهم الله مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه و
بملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول ويتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد
ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا ينفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه
ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف
البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل
الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف
ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع
على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه قصد
الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد
استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه
القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار
الافراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان
جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه او لان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به
تحصيلا للمقصود ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين
التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير او لانه اراد التقدير على اعتبار
احد الجهتين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة
باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم اذا وقع
البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له
والورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد فيضرب الموصى له

بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة
منها سهما فنصيبه عشرة وعندهما فيقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة
واربعين فيصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل
هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر
بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا يصح حتى لو ملكه
بوجه من الوجوه ثم مات لا يصح وصيته ولا ينفذ **قال** ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف
بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصى فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع لانه تبرع بمال
الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم بخلاف
ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها
ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فينفذ من جهة الموصى **قال**
واذا اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان
المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر
لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له
النصف وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شايع في التركة وهو في ايديهما فيكون مقرا
بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا
بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة
مثلاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فيأخذ نصف ما
في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث **قال** ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت
الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة
والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت
حتى تقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث
واخذ ما يخصه منهما جميعا في قولهما وقال ابو حنيفة رحمه الله يأخذ ذلك من الام فان فضل شيء
يأخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة
فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث
الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال
فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله
ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية

في الوصية على ما ذكر في الابعاد

في بعض

في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل
بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل القبض ولكن
الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان
ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها هبة ثم تزوجها
ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره
ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني
يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث
والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند
الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث **قال**
واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته
بطل ذلك كله اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده
والاقرار وان كان ملزما بنفسه لكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث
تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارية حتى لو كانت الزوجية
قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره
وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار انه ان لم يكن عليه دين يصح
لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لان اقراره له وهو ابنه والوصية باطلة لما
ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانه تمليك في الحال وهو رقيق
وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا يصح **قال** والمقعد والمفلوج والاشل
والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه بتقادم العهد صار طبعا من
طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان
وهب عند ما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه الموت
ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت

باب العتق في المرض والوصية بالعتق

قال ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث
ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار
من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز
غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة به وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه

كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث
وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحال الاضافة دون حال العقد وما نفذه من التصرف
فالمعتبر فيه حال العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث وكل مرض
صح منه فهو كحال الصحة لانه بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال فان حابى ثم اعتق وضاق
الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة رحمه الله وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق
اولى في المسئلتين والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها
يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق
المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد
تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق
الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذا المحاباة
لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما
من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ
والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقديم في الثبوت وله ان المحاباة
اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع
صيغة ومعنى فاذا وجد المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل
الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة رحمه الله اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث
بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق
لان العتق متقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول
والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى في الكل قال
ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة وقالا
وان كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها شيء وبقي شيء من الحجة
يرد على الورثة عنده وقالا يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن
اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل
منه تنفيذ لغير الموصى به وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانه قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق
لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء
على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى
فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه

بالفضة قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز
الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت
باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه ولهذا
لا سعاية عليه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت
الوصية لان الدفع قد صح لان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى له
لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت
الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم
هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ
الوصية قال ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد
فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء
للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له يدعي
استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال
والوارث ينكره لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية
بثلث المال وكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب
الاوقات للتيقن بها وكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين قال الا ان
يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لانه لا مزاحم له او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت
بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال ومن ترك عبدا فقال
للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد
يسعى في قيمته عند ابي حنيفة وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا
بتصديق الوارث في كلام واحد فصار كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية
وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق
في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه
لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاستناد
فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض
مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم
فقال الرجل لي على الميت الف درهم دين وقال آخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة
اقوى وعندهما سواء فصل قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت

الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة
والظاهر منه البداية بما هو الاهم فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها
الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج
وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية عنه يقدم الحج وهو قول محمد وجه الاول انهما
وان استويا في الفرضية فالزكوة تعلق بها حق العبد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج
يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات
لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارة والكفارة في القتل
والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر و
صدقة الفطر مقدمة على الاضحية بالاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس
يقدم بعض الواجبات على البعض **قال** وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا
وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد
فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل
الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضى الله تعالى فكل واحد في نفسها مقصود
فينفرد كما تنفرد وصايا الآدميين **قال** ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده
يحج راكبا لان الواجب لله الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء
ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي
وجب عليه **قال** فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه
لانه امر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية
فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها اصلا ورأسا وقد
فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل **قال** ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق
واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحج عنه من حيث بلغ
استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع
قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدأ من ذلك المكان
كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف
الى الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب والله اعلم بالصواب

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة

وهذا

وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة
بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى الاخص وهو الملاصق وجه
الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله عليه السلام لا صلوة لجار المسجد
الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصود بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق
وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وقال الشافعي الجوار الى اربعين
دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم
والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عنده لان
الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن **قال** ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم
محرم من امرأته لما روي ان النبي عليه السلام لما تزوج صفية اعتق الله تعالى من ملك من ذي رحم
محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة
رحمهما الله وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم
منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه او عدته من طلاق رجعي فالصهر
يستحق الوصية وان كانت في عدة من طلاق باين لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء
النكاح وهو شرط وقت الموت **قال** ولو اوصى لاختانه فالوصية لكل زوج ذات رحم محرم
منه وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا
ازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل **قال**
ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد
ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة وقالا رحمهما الله الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له
في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على ما اختلف فيه المشايخ
وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب
مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت
الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية
والمقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه
ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا
لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه
لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يتقيد بما ذكرنا وعندهما
باقصى اب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى **قال** ومن اوصى لاقاربه وله عمان

وخالان فالوصية للعمة عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما اذا كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوي قرابته او لاقربائه او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة وقالا رحمهما الله يتناول كل من يعولهم ويضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وأتوني باهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او جنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الاباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الاب والام ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيهم الاناث في قول ابي حنيفة اول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم الذكر والانثى فيه

سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حال الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال واولاد موال وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي قد اعتقهم ابنه لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ويجوز بذلك ابدا لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحيوة ببدل وبغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا تبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما قال فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد

لما فرغ عن بيان احكام الوصايا التي تتعلق بالاعيان شرع في بيان احكام الوصايا التي تتعلق بالمنافع وهي الاعراض واخرها لان الاعيان هي الاصل لكون العين ثابتة بذاتها دون المنافع

اجزاء لانه لا يجزى فصرنا الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج
من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية
بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان
يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول هو الاعدل اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم
من ثلثي الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت
في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم
اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه قال فان مات الموصى له
عاد الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث
الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حال حيوة
الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره
فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح
انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران
ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها
ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد
او الدار وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل او بغير بدل
لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية
تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير
بدل في حالة الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه
ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل
والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع
فلهذا انقطع اما هو في وضعه فغير لازم ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها
بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت
هذه الولاية لمن تملكها تبعا لملك الرقبة او لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها
بالصفة التي تملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما
تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له
واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية
تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته

فيه بدون

فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غير مصره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم
ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية
به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له
ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين
الورثة ليكون هو الذي يستغلها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف فانه يقول الموصى له
شريك الوارث وللشريك ذلك فكذا للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتني على ثبوت الحق
للموصى له فيما يلاقيه القسمة اذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك
المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب
الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه
لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص
في الرقبة بشئ لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان
آخر اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت وله نظائر وهو
ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه
او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شئ لصاحب الظرف
في المظروف في هذه المسائل كلها اما اذا فصل احد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند
ابي يوسف وعلى قول محمد رحمهما الله الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها
لابي يوسف ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له
بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حيوة
الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد رحمه الله
ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة
كذلك ومن اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع
في الفص وصيتان وكل واحد منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا
يكون ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن الاول كما لو اوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة
لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا
اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل
التخصيص والاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال
ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستانه ابدا

مثل هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة
وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة
مثل التنصيص على الابد لانه لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن
شيئا اما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان
يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت تتناولهما عرفا غير موقوف
على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف
الى دليل زائد قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات
فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت
الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ
وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان
في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى
ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واختاه
لا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا يستحق بعقد ما فكذا لا تدخل تحت الوصية بخلاف
الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية

باب وصية الذمي

قال واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في
صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده يورث
ولا يلزم فكذلك هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح عندهما قال ولو اوصى
بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى بان يبني داره بيعة او كنيسة فهو جائز
من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه
على اعتبار المعنيين قال وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية
عند ابي حنيفة وقالا الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم
قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية وله ان هذه قربة في
معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون فيجوز بناء على اعتقادهم الا ترى انه لو اوصى
بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه
ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس
بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين
والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولانهم يبنون فيها

الحجرات

الحجرات ونسكنونها فلم تحرز لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم
تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو
قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي
على اربعة اقسام منها ان تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه
وما اذا اوصى الذمي بان تذبح خنازير ويطعم المشركون فهذا على الخلاف اذا كان لقوم غير
مسمين كما ذكرنا والوجه ما بيناه ومنها ما اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة
في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبني مسجدا للمسلمين او بان يسرج في مساجد المسلمين
وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه
تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم
كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كان
القوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها
اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان
هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا
واستخلافا وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امرنا
ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف
في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة
بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله
كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس
لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار
الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ورد
الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت او دبر عبده
في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا لو اوصى له مسلم او ذمي
بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا يصح عقود
التمليكات منه في حال حيوته ويصح تبرعه في حيوته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف
انه لا يجوز لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على
السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين
لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث

اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته

باب الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه قال فان ردها في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف ما اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فينتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل فانابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي

قال ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ان الوصية ستبطل وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غيره مقامه

اقاما

اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه ويبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا تفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب فيه يروى مرة مع ابي حنيفة وتارة مع ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة رحمه الله او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى

قال ومن عجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكا اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكا الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له

قال ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزى فيثبت لكل واحد منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فنزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض

يراعي وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى
وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت
لكل واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفو
يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا
على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف
الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة
ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في شراء الكفن وتجهيزه لان في التاخير
فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا
وعريانا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال
وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر
بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الرأي
وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الرأي والخصومة في حقوق الميت
لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير خوف
الفوات ولانه تملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف
لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة لان في التاخير خشية الفوت ولانه يملكه كل من
وقع في يده فلم يكن من باب الولاية قال وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او
يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في
القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى
الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد
على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي برأي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان
وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما
جعل القاضي مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي
اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف رحمه الله الحي منهما وان كان يقدر
على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي
آخر مكان الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية
بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان رأي الميت باق
حكما برأي من يخلفه وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده

بخلاف

بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفى واذا مات الوصي و
اوصى الى آخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يكون
وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحياة والجامع بينهما انه رضي برأيه لا برأي
غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا ترى
ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قائم مقام
الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت
كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه
انه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره
بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء
اليه قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة
لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث
والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى
لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت
من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي
فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي
لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة
فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث
فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال فان قاسم الورثة واخذ
نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا قال وان كان اوصى الميت بحج
فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه
فضاع من يده وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا رجع
بتمام الثلث وقال محمد رحمه الله لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه
مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه
ولابي يوسف رحمه الله ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق
بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة رحمه الله ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تادية
الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة
المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال

ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته
جائزة لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته
والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه
فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال واذا
باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا
بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه
وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف
وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء اما ههنا بخلافه قال ومن اوصى
بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباع الوصي وقبض الثمن فضاع في يده و
استحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه
ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب
عليه رده قال ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة رحمه الله
يقول لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد رحمه الله انه يرجع
في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه
بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي وامينه اذا تولى
البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة
حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي
لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء
لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر قال واذا قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من
الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع
الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه قال واذا احتال الوصي بمال
اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املى اذ الولاية نظرية وان كان الاول املى لا يجوز
لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن
الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره
انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش
عند ابي حنيفة رحمه الله لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه لا يتصرف
بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش

منه تبرع لا ضرورة فيه وهم يسوونه به قال واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب
الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى ان يكتب الشاهد
شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان
ابن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا
قال وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه
ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب
على الكبير الا انا استحسناه لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو
يملك الحفظ اما العقار محفوظ بنفسه قال ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة
وقال ولا وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي
الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون
من باب الحفظ فكذا وصيهم قال والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي رحمه الله
الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا
ان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب
نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه
قال فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح
دون الوصي غير انه يقدم عليه وصي الاب في التصرف لما بينا فصل في الشهادة
واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان
فيها لاثباتهما معينا لانفسهما قال الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس
كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما
برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية فتثبت
بنصب القاضي قال وكذلك الابنان معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو منكر لانهما
يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء
من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في
المشهود به قال وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت
جاز وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شهدا لوارث كبير يجوز في الوجهين لانه لا يثبت
لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله انه يثبت لهما
ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما

في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها
واذا شهد الرجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران للاولين
بمثل ذلك جازت شهادتهما فان كانت شهادة كل فريق للآخرين بوصية الف درهم
لم تجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا تقبل في الدين ايضا
وابو حنيفة رحمه الله فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف وعن ابي يوسف رحمه الله مثل قول محمد
وجه القبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع
اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت يتعلق
بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه
الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة المديون
لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة قال ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين
بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبد جازت الشهادة بالاتفاق
لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه
اوصى للشاهدين بثلث ماله فهي باطلة وكذا اذا شهدا للاولين ان الميت اوصى لهذين
الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة
في هذه الصورة مثبتة للشركة

كتاب الخنثى

فصل في بيانه

قال واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى
لان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي مثله ولان
البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب
وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق
سواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله ينسب الى اكثرهما لانه علامة قوة ذلك
العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان
كثرة الخروج ليست تدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان
كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال واذا بلغ الخنثى وخرجت
له لحية او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو لان
هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثدييه او حاضت
او حبلت او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى
العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في احكامه

قال الاصل

في حكم الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع
الشك في ثبوته قال واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة
فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فيفسد صلوته فان قام في صف
النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل وان قام في الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي
عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة قال واحب
الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا
فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كانت امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء
واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم
يعد اجزاه وتبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او
امرأة ويكره ان يختنه رجل لانه عساه انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما
قلنا وان لم يكن له مال ابتاع الامام من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا ختنته
باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حيوته لبس الحلي والحرير
وان ينكشف قدام الرجال وقدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة وان يسافر
من غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف رحمه الله لا علم لي
في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد رحمه الله يلبس لباس
المرأة لان ترك لبس المخيط وهو امرأة افحش من لبسه وهو رجل اذ لا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن حلف
بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع شيء حتى يستبين امر الخنثى
لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق
حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين اذ ليس بمهمل
وان قال الخنثى انا رجل او قال انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى يخالف قضية الدليل
وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل
ولا امرأة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى احتمال الحرمة وييمم بالصعيد لتعذر
الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو احب
لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات فصلي عليه وعلى رجل
وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال انه
امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف
الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل

وان جعل السرير نعش المرأة فهو احب الي لاحتمال انها عورة ويكفن كما تكفن الجارية وهو احب
الي يعني ان يكفن في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا
فقد زاد على الثلاث ولا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند ابي حنيفة
للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف
ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهما
على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن
اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق كل الميراث عند عدم الخنثى والخنثى يستحق ثلثة الارباع
فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلثة وذلك يضرب باربعة فيكون سبعة
ولمحمد رحمه الله ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما
اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان
لكل واحد ثلثة وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين
ووقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فضعف ليزول الكسر
فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة رحمه الله ان الحاجة
هنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك
فاوجبنا المتيقن قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك في
وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن كذا هذا الا ان يكون نصيب الانثى
لو قدرناه ذكرا فيعطى نصيب الابن في تلك الصورة وهو ان يكون الورثة زوجا واما
واختا لاب وام هي خنثى او امراة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فعندنا في الاولى
للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمراة الربع وللاخوين لام
الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين فيهما والله اعلم مسائل شتى قال واذا
قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له انشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى براسه اي
نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل
لسانه وقال الشافعي رحمه الله يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين
ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكوة والفرق
لاصحابنا ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك في الاخرس
دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس
ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه

لان العارض

لان العارض على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقاسيان وفي الآبدة عرفناه بالنص
قال واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومي ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه
وشراؤه ويقتص منه وله ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا
الا ترى ان النبي عليه السلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب
والمجوز في حق الغائب العجز وهو في الاخرس اظهر والزم ثم الكتابة على ثلث مراتب مستبين
مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة
على الجدار واوراق الاشجار وينوى فيه لانه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية وغير مستبين
كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة
فجعلت حجة في الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد
ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا
ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا
للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا
وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى
انهم لو شهدوا بالوطء الحرام او اقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق
او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية
لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة
لله تعالى شرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في
كتاب الاقرارات ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب
هنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب
في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت
المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا
انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية فلا ضرورة مع القدرة على الكتابة
ولا يجمع هنا بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة
زيادة بيان لم توجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة اثر لم توجد في الكتابة لما انه
اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين لعارض لما بيناه
في المعتقل لسانه قال واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها
واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار

ولنا ان غلبة الحلال يقوم مقام الضرورة في افادة الاباحة فكما ان في حالة الضرورة يباح المتنة فكذلك
يباح التناول عند غلبة الحلال على الحرام لان للغالب حكم الكل لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه فهو عفو كما في النجس
القليل الا ترى من اشترى لحما او خبزا من السوق فيسعه ان يحل له التناول من غير سؤال اعتبار الغلبة ودفعا للحرج
وان كان لا يخلو اسواق المسلمين عن حرام بان يكون ذلك مسروقا او مغصوبا وكذلك من كانت له اخت
رضاعية في مصر وهو لا يعرفها جازت مناكحته في ذلك المصر لغلبة الحلال او لعموم البلوى فكذلك فيما نحن فيه
الا انه لما علم بالحرام في الاغنام لا يأكل من غير التحري لان التحري يصلح دليلا لاصابة الحق فعند العلم بالحرام
لم يجز ترك التحري   تمام الوقاية لتبع عناية البيان

اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل في حالة الضرورة
فالذي يحتمل ان يكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه
من غير ضرورة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة
اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحال حالة
الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق
المسلمين لا يخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب
وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع فسقط اعتباره دفعا
للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين
او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة والله اعلم
بالصواب واليه المرجع والمآب وصلى الله
على سيدنا محمد واله واصحابه اجمعين
والحمد لله رب العالمين

ولهذا لا يتحرى بالاتفاق عند غلبة الحلال او استواء الحلال مع الحرام ق

لانه لما جاز حال الاضطرار لانه يجوز لكنه اولى بتحقيقه ق